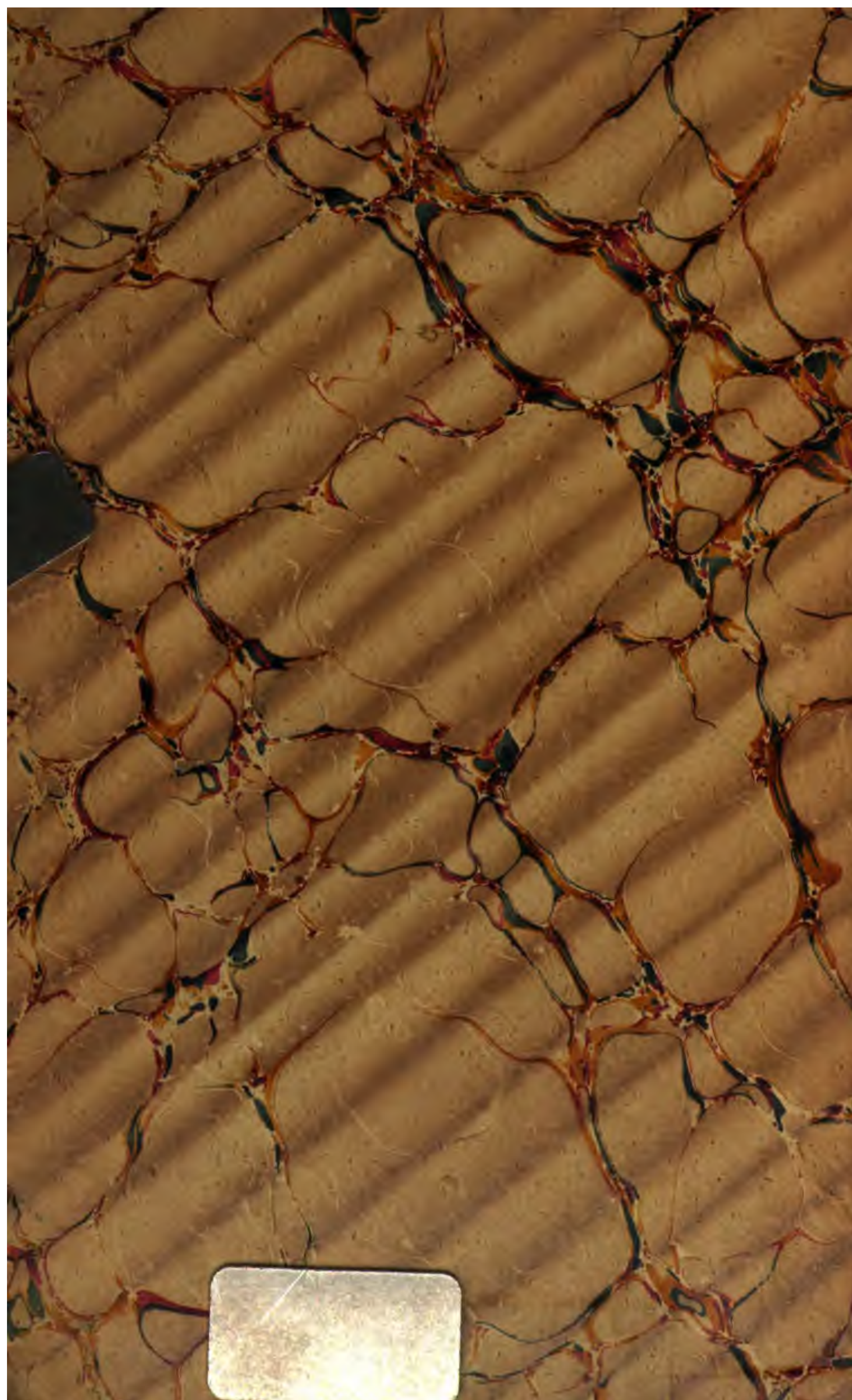
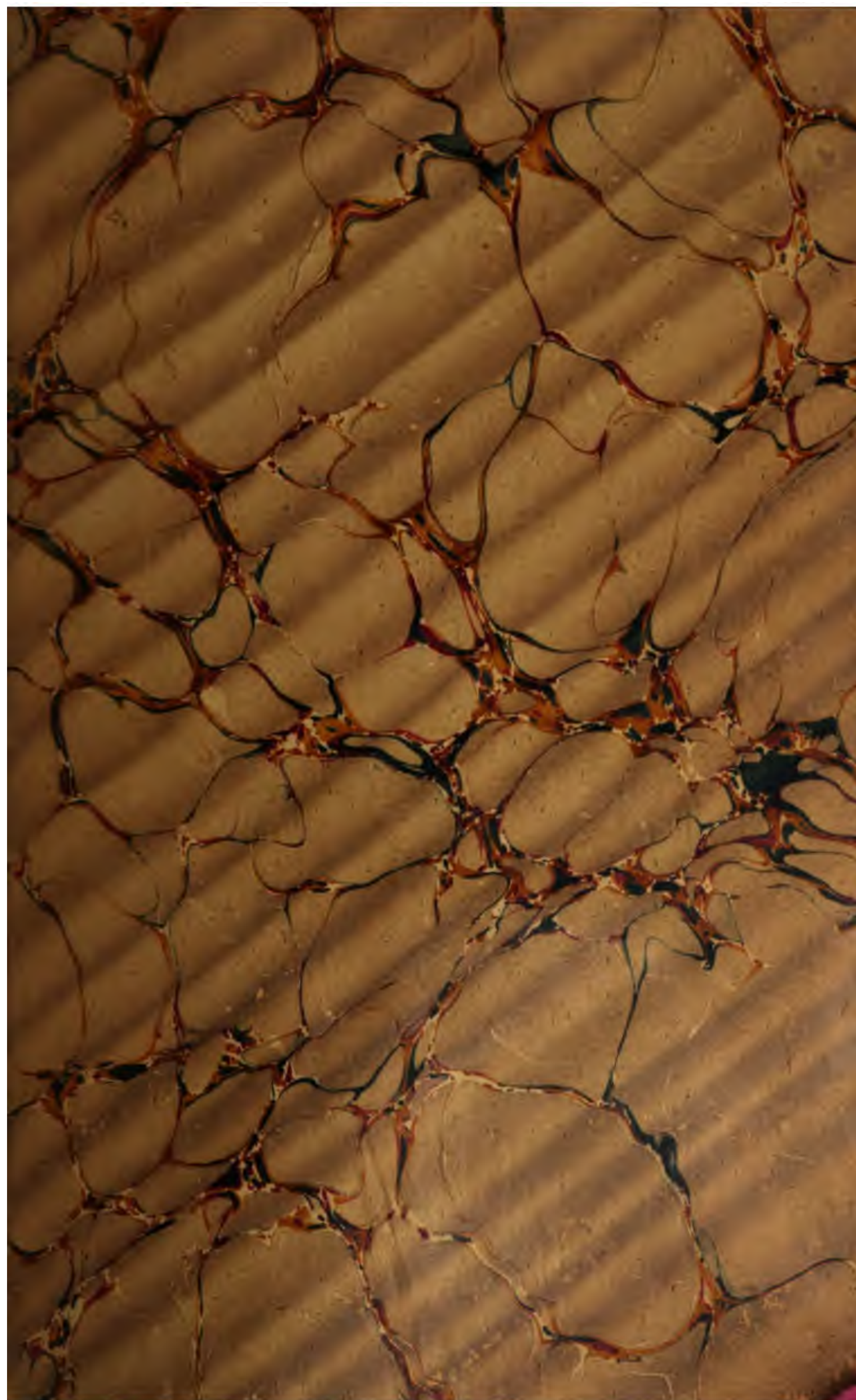






FB
AFI
EId
v. 1

BIBLIOTHÈQUE INTERNATIONALE & DIPLOMATIQUE

XXIII

LE

DROIT INTERNATIONAL

PRIVÉ

I

LE

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

OU

PRINCIPES POUR RÉSOUDRE LES CONFLITS ENTRE LES LOIS

CIVILES, COMMERCIALES, JUDICIAIRES, PÉNALES

DES DIFFÉRENTS ÉTATS

PAR **PASQUALE FIORE**

Professeur de droit des gens à l'Université de Naples

Membre de l'Institut de Droit international

TRADUIT

De la QUATRIÈME ÉDITION ITALIENNE (1902) et annoté

Par CHARLES ANTOINE

Docteur en droit

Conseiller à la Cour d'appel de Douai

LOIS CIVILES

TOME I

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, RUE SOUFFLOT, 13

1907

AVANT-PROPOS

DE LA PREMIÈRE ÉDITION

En publiant, il y a six ans, ma traduction du *Nouveau droit international public, suivant les besoins de la civilisation moderne*, de mon éminent confrère et ami, M. Pasquale Fiore, professeur de droit des gens à l'Université de Pise, j'ai exprimé le vœu que ce travail devînt le point de départ de traductions nombreuses, « qui permettraient aux jeunes phalanges de nos publicistes futurs de s'initier au mouvement intellectuel des nations étrangères. »

Ce souhait a été largement exaucé.

Depuis 1868, beaucoup d'œuvres importantes faisant partie de la littérature scientifique de l'Italie, de l'Angleterre, de l'Allemagne, ont été traduites dans la langue de mon pays, et portées ainsi à la connaissance du public français. Les auteurs italiens, anglais ou allemands y ont gagné une renommée plus étendue, car la langue française est la langue universelle de la science. Quant à ceux de mes compatriotes dont l'esprit est dirigé vers les études sérieuses, ils y ont trouvé l'avantage de pouvoir lire, apprécier et méditer des travaux considérables qui ont élargi leurs horizons.

Le succès obtenu par le *Nouveau droit international public* du savant professeur de Pise m'a encouragé à donner une traduction littérale d'un second ouvrage du même auteur, non moins intéressant que le premier, et qui répond à

l'une des grandes préoccupations scientifiques de notre époque : la recherche et l'analyse des principes propres à résoudre les conflits entre les législations diverses, en matière de droit civil et commercial.

Le droit international privé est, en effet, depuis quelques années surtout, l'objet des investigations les plus attentives des publicistes, et de la sollicitude éclairée de la plupart des gouvernements. Le développement toujours croissant des relations internationales, en faisant apparaître chaque jour des difficultés nouvelles, lui imprime un caractère en quelque sorte permanent d'actualité.

M. de Savigny écrivait, en 1849, dans la préface du tome VIII de son *Traité de droit romain*, à propos du droit international privé : « En cette matière, les opinions des auteurs et les jugements des tribunaux nous offrent les dissidences les plus marquées et les plus nombreuses : Allemands, Français, Anglais et Américains se combattent mutuellement. Tous, néanmoins, s'accordent à témoigner pour ce genre de question le plus vif intérêt ; tous montrent une tendance au rapprochement et à la conciliation, dont la science du droit ne nous fournit pas d'autre exemple. On dirait que c'est là un bien commun à toutes les nations civilisées : car, si elles ne possèdent pas des principes généraux solidement établis, elles travaillent à les conquérir en réunissant leurs efforts. » M. Demangeat fait remarquer, à ce sujet, que les idées exprimées, il y a vingt-cinq ans, par M. de Savigny, ne sont plus aujourd'hui aussi absolument vraies qu'elles l'étaient alors : on peut constater, en effet, que les dissidences signalées par le grand jurisconsulte de Berlin ont disparu sur bien des points. Les rapports entre individus appartenant à des nationalités diverses sont devenus beaucoup plus fréquents ; ils ont donné lieu à des travaux scientifiques et à des décisions judiciaires dont le nombre et l'importance s'étendent chaque jour, dont l'autorité se propage peu à peu dans le monde entier. M. Demangeat en conclut, avec raison, qu'il existe déjà, en dehors et au-dessus des codes promulgués

pour chaque pays par les différents gouvernements, un certain nombre de règles générales dont la force obligatoire est également reconnue, et dont l'application est également faite chez tous les peuples. D'après M. Giuseppe Carle, agrégé de l'Université de Turin, ces règles se rattacheraient à un principe suprême consistant en ce que la société internationale, comme la société civile, doit être ordonnée de manière à fournir à l'individu le meilleur milieu possible pour son perfectionnement.[1]

Mais quelle doit être cette organisation de la société internationale ?

Le problème a été posé, et les solutions qu'il comporte ont été discutées par M. Charles Brocher, professeur de droit civil à Genève, dans les très remarquables articles, sur la théorie du droit international privé, qu'il a publiés dans la *Revue de droit international et de législation comparée.*[2] « Tel rapport de droit, dit-il, peut naître, se prolonger, se rompre, ou recevoir la plénitude de ses effets juridiques, sur des territoires régis par des législations, souvent même par des souverainetés différentes. Il peut s'établir entre personnes n'appartenant pas à la même nationalité, ou tout au moins soumises, en ce qui les concerne individuellement, à des règles plus ou moins diverses, et, s'il doit provoquer un examen judiciaire, on peut rarement prévoir dans quel pays et devant quels magistrats le débat devra s'engager. De là peuvent naître des obstacles, ou, tout au moins, des causes d'insécurité qu'il faut s'efforcer de combattre. » Comment la loi pourra-t-elle atteindre un pareil but ? Comment pourra-

[1] *La doctrine juridique de la faillite dans le droit privé international* (Naples, 1872), mémoire couronné par l'Académie des sciences morales et politiques de Naples. Ce mémoire a été traduit par M. Ernest Dubois, professeur à la Faculté de droit de Nancy. M. Carle a écrit sur la faillite après M. Pasquale Fiore, à qui appartient l'antériorité des études sur ce point. Il eût accompli un acte de bonne justice scientifique en le citant.

[2] *Revue de droit international et de législation comparée*, T. III, p. 412 et suiv., 540 et suiv. ; T. IV, p. 189 et suiv. ; T. V, p. 137 et suiv., 390 et suiv.

t-elle garantir à chaque individu les moyens d'agir librement et sûrement dans des contrées diverses, et souvent très éloignées? M. Brocher inscrit sur le frontispice de sa savante monographie les trois conditions-principes suivantes : « 1° Chacun doit être assuré qu'il aura la jouissance des droits civils, non seulement dans sa patrie, mais encore à l'étranger. — 2° Il faut que chacun puisse prévoir, avec quelque certitude, d'après quelles lois seront appréciés les droits qui s'attachent à sa personne, à ses biens, à chacun de ses actes. — 3° Cette compétence législative doit être fixée d'une manière rationnelle et conforme à la nature des choses, dans le but de conserver les droits acquis et de produire la sécurité. »

Suivant le professeur de Genève, « tout État qui ne reconnaît pas la capacité juridique des étrangers, ou qui lui impose des restrictions exceptionnelles, se place nécessairement, par cela même, en dehors des exigences du droit international privé. Il en resserre tout au moins l'application dans les limites étroites d'une nationalité jalouse et mesquine. » M. Brocher aurait pu se montrer plus sévère et affirmer, sans crainte d'être démenti, que cet État se place même en dehors des tendances de l'époque moderne. Nous vivons, en effet, dans un temps où le mot de Necker est devenu un aphorisme de politique internationale universelle : « Tout ce qui peut détourner les étrangers de venir dépenser leurs revenus dans le royaume, et d'échanger ainsi leur argent contre les productions de notre industrie, paraît une disposition aussi déraisonnable que le serait une loi directement opposée à l'exportation de ces mêmes productions. »

Ces idées rencontrent, il est vrai, de nos jours encore, et dans certaines sphères, quelques contradicteurs clairsemés. J'ai sous les yeux, par exemple, une brochure bizarre, qu'on n'accusera pas du moins de manquer de sincérité, et dans laquelle le publiciste qui l'a écrite se place au point de vue étroit d'un patriotisme égoïstement exclusif. [1] « Il y

[1] PATRIE, *Essai de politique légale*, par M. Arthur Hubbard, avocat à la

avait dans l'ancienne société française, — s'écrie, avec amertume, M. Arthur Hubbard, — il y avait un intérêt pour un Français à être Français : il y avait pour les Français le bénéfice d'une loi qui leur était spéciale.

« Quelles que fussent les imperfections de la loi civile, quelles que fussent celles de la loi politique, chaque Français avait raison de préférer sa constitution et sa législation aux législations et aux constitutions étrangères. Le sol de la France appartenait aux Français. Il y avait, en outre, pour tout Français un intérêt à demeurer quelque part en France... il s'attachait au sol ; on était plus soucieux de demeurer que d'aller et venir. Quel intérêt y a-t-il aujourd'hui à être Français en France ? Quel intérêt y a-t-il aujourd'hui pour un Français à demeurer quelque part en France ?... Au nom de la raison universelle, on prêche en France l'alliance universelle ; au nom de la science universelle, on demande la suppression des frontières ; au nom de l'échange universel, on nous convoque à la fraternité universelle. »

Il faut lire le chapitre VII de cette extravagante publication, pour mesurer l'abîme au fond duquel peut glisser un esprit qui ne sait point enrayer sur la pente de l'exagération. M. Hubbard approuve, admire même les dispositions peu hospitalières édictées par le moyen-âge contre les étrangers. « Ces rigueurs, dit-il, suffisent pour faire comprendre quelle idée se faisaient de la patrie ceux qui ont la gloire de l'avoir constituée. » Mais nous avançons vers la fin du XIVème siècle, et ces « patriotiques » rigueurs commencent une à une à disparaître. Écoutons M. Hubbard : « Le droit d'aubaine rendait peu ; ce fut sans doute pour ce motif que des politiques à courte vue présentèrent l'exercice de ce droit comme un acte de confiscation individuelle, inhumain et inutile ; ils

cour d'appel de Paris (librairie Manginot-Hellitasse). Après les événements du 4 septembre 1870, M. Hubbard a fait partie, en qualité de conseiller d'État, de la commission provisoire instituée par le décret du 15 septembre de la même année pour expédier les affaires administratives ou contentieuses urgentes.

BIBLIOTHÈQUE INTERNATIONALE & DIPLOMATIQUE

XXIII

LE

DROIT INTERNATIONAL

PRIVÉ

I

LE

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

OU

PRINCIPES POUR RÉSOUDRE LES CONFLITS ENTRE LES LOIS

CIVILES, COMMERCIALES, JUDICIAIRES, PÉNALES

DES DIFFÉRENTS ÉTATS

Par PASQUALE FIORE

Professeur de droit des gens à l'Université de Naples

Membre de l'Institut de Droit international

TRADUIT

De la QUATRIÈME ÉDITION ITALIENNE (1902) et annoté

Par CHARLES ANTOINE

Docteur en droit

Conseiller à la Cour d'appel de Douai

LOIS CIVILES

TOME I

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, RUE SOUFFLOT, 13

1907

la raison. » L'économie politique, l'adoucissement des mœurs nationales, dans chaque pays, l'extension des rapports internationaux ont, du reste, depuis longtemps réfuté ces arguments barbares qui, s'ils triomphaient, feraient reculer la civilisation de plusieurs siècles. Il y aurait, certainement, quelque illusion à croire entrevoir, dès aujourd'hui, l'avenir plus ou moins prochain où le globe, ne formant plus qu'une nation, et où les rapports d'idées, de commerce, d'institutions, d'usages, n'ayant plus de frontières, le patriotisme tombera aux pieds de l'humanité ; mais ce que l'on peut affirmer, malgré les efforts des gouvernements pour militariser les peuples, en dépit des excitations criminelles des fauteurs de haines internationales, c'est que les aspirations modernes des sociétés humaines conduisent progressivement les États dans cette voie pacifique.

Le savant professeur genevois, dont je citais tout à l'heure le beau travail, ne repousse pas absolument cette perspective encourageante. Parlant des conditions à réaliser pour arriver à garantir au profit de chaque individu les moyens d'agir avec liberté et sûreté, dans des contrées diverses et souvent très éloignées : « l'idéal suprême qu'on doit se proposer, — dit-il, — serait de n'avoir qu'une seule et même législation civile et commerciale, bien connue et généralement adoptée en tous pays. Des faits nombreux sembleraient justifier un pareil idéal. On observe, de nos jours, une remarquable tendance à l'unité du droit : les institutions purement locales disparaissent de plus en plus, avec l'isolement qui les avait produites ; elles se transforment pour se rapprocher d'un type commun. Ce mouvement ne s'arrête pas aux frontières des États : il les a dès longtemps franchies et tend à se généraliser. Mais c'est là un but qu'il faudrait s'efforcer d'atteindre, sans se flatter de pouvoir jamais y réussir complètement. Il ne faut, d'ailleurs, pas perdre de vue que l'unité doit se faire dans les mœurs, dans les idées et dans les besoins des peuples, avant de passer dans leurs lois. Le droit international privé a pour mission de prévenir les conflits,

les obstacles et les dangers que la diversité des législations, qu'on doit admettre comme hypothèse indéfiniment nécessaire, pourrait faire naître dans la vie civile et commerciale. A défaut d'unité, il faut rechercher s'il n'existe pas quelque principe d'harmonie qui, combinant les éléments divers qu'on est obligé de reconnaître et de respecter, trace les limites dans lesquelles chacun d'eux recevra son application. Cette combinaison doit se faire de telle sorte que l'activité sociale puisse, dans une certaine mesure tout au moins, se déployer, sur le vaste échiquier du monde, avec la même liberté et la même sécurité que si elle se renfermait dans les frontières d'un seul État. Tel paraît être le but que le droit international privé doit s'efforcer d'atteindre. »

Passant en revue les manières différentes suivant lesquelles ce droit se manifeste, M. Brocher en relève quatre : la législation spéciale à chaque localité, les coutumes internationales, les traités diplomatiques et la doctrine philosophique. La législation spéciale, fondée sur le principe de l'indépendance souveraine de chaque État, ne saurait, dit-il, conduire aux résultats voulus ; une loi isolée ne pourra que faiblement concourir à l'harmonie nécessaire ; cette harmonie suppose, en effet, un concert d'action, des garanties réciproques et des principes communs généralement reconnus et respectés. Les législations modernes portent plus ou moins l'empreinte d'anciens usages et d'anciennes doctrines qui les ont précédées. Ces usages et ces doctrines ont été l'œuvre spontanée des nécessités sociales, et spécialement du besoin d'établir quelque harmonie dans l'application des lois diverses. L'autorité pratique qui s'en est conservée dans le droit moderne doit les faire considérer comme un élément de droit positif, mais elle ne repose pas partout sur la même base. Quelquefois, bien que rarement et d'une manière fort incomplète, ces anciens usages ou les doctrines qui s'y rattachent ont fait l'objet de traités diplomatiques ; mais les traités se rapportant aux questions de droit international privé n'ont pas encore acquis le degré de développement indis-

pensable, non seulement pour assurer les progrès de l'avenir, mais encore pour fournir à la pratique les principes qui lui sont nécessaires. « Nous n'hésitons pas à le déclarer, — dit, en concluant, M. Brocher, — le droit coutumier paraît une forme désormais surannée ; l'intervention législative peut seule fournir la précision et les détails que les besoins de l'époque exigent impérativement.... ; mais l'action individuelle de la loi ne saurait suffire : il faut des traités diplomatiques, et ces traités ne peuvent véritablement conduire au but, qu'autant qu'ils s'appuieront sur une forte doctrine généralement acceptée et fondée sur la nature des choses. » En résumé, le savant professeur de Genève ne repousse pas la codification, mais il ne méconnaît point non plus les dangers qu'elle présente pour le droit international privé. Ce droit a besoin de règles communes, nées de la science et se propageant avec liberté, sans être arrêtées par les frontières des États ; or, la codification tend à individualiser certains principes, en les fixant diversement sur les territoires ressortissants à des souverainetés distinctes. Le seul moyen, suivant M. Brocher, de combattre une telle tendance, est d'arriver, sans trop tarder, à une doctrine assez puissante pour triompher de cet obstacle et aboutir à un ensemble de traités diplomatiques s'élevant au-dessus de l'individualisme national. Ce résultat ne peut s'obtenir que par une étude approfondie du sujet, en vue des besoins généraux de l'époque.

L'étude, la doctrine préparant lentement les voies aux progrès possibles, les traités diplomatiques et l'action des gouvernements survenant ensuite pour consacrer l'œuvre de la science et du temps : tel est, en effet, le seul programme pratique et qui permette d'espérer de sérieux résultats. Ce sont les idées que j'ai constamment soutenues dans mes ouvrages, dans mon enseignement, et que j'ai formulées dans ma lettre du 8 octobre 1873 au président de la Conférence internationale pour la réforme et la codification du droit des gens.

Voici ce que j'écrivais à M. David Dudley Field : « Vous avez bien voulu adresser, en ma personne, au traducteur de

Grotius et à l'annotateur de Vattel, une convocation pour la Conférence internationale qui doit s'ouvrir à Bruxelles, le 10 octobre. J'ai été très sensible à cette invitation flatteuse, et je dois vous en exprimer d'abord tous mes remercîments. Mon adhésion à votre œuvre est entière ; je suis heureux d'avoir l'occasion de l'affirmer, en y joignant l'expression de la profonde vénération que m'inspirent les éminents publicistes américains qui en ont pris l'initiative.....

« ..... Puisque les circonstances ne doivent pas me permettre d'assister à la Conférence internationale de Bruxelles, je vous demande l'autorisation de formuler par écrit mon opinion sur les deux questions principales qui seront soumises à cette savante assemblée.

« Vous devez discuter le principe de la codification du droit des gens, examiner le meilleur système à employer pour la préparation et la rédaction d'un code de ce droit, et vous occuper de ce grand objectif des amis de la paix, qui consiste dans l'application de l'arbitrage international au règlement des différents entre les États.

« Il y a longtemps que ces graves questions sont à l'ordre du jour de la science, mais jamais elles ne se sont imposées à l'attention des esprits sérieux avec plus d'autorité que depuis ces dernières années. Elles sont même sorties des écoles et des académies pour se vulgariser et se traduire en aspirations pacifiques qui font, en quelque sorte, partie aujourd'hui de la conscience des peuples. De la surface des champs de bataille déjà trop nombreux qui ont attristé la seconde moitié de notre siècle, il s'est élevé un immense cri de pitié pour les victimes de la guerre ; les masses commencent à se rendre un compte plus exact de la fausse gloire des armes, et l'apothéose récente de la force n'a réussi qu'à rendre plus précieuse et plus populaire la majestueuse notion du droit.

« Nous sommes évidemment dans une de ces époques fécondes pour l'avenir, qui offrent un terrain providentiellement propice aux germes des progrès futurs. L'important est de savoir bien semer.

« Les efforts faits pour codifier le droit des gens sont, quoi qu'en disent les sceptiques, une semence pleine de promesses. Je ne considère nullement cette codification comme chimérique : je crois, au contraire, fermement à sa réalisation plus ou moins lointaine. Comment n'y croirais-je pas, quand je lis les protocoles XXII et XXIII du congrès de Paris, de 1856 ; quand je vois la déclaration sortie des délibérations de ce congrès, signée d'abord par l'Autriche, la France, la Grande-Bretagne, la Prusse et la Russie, puis par la Sardaigne et la Turquie, ratifiée successivement par tous les États européens et par quelques États de l'Amérique ; quand je suis du regard les développements de la convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés dans les armées en campagne, convention à laquelle ont adhéré aujourd'hui toutes les Puissances de l'Europe, et dont l'idée première est éclose dans le cœur d'un homme de bien ; quand je prends acte de l'accord conclu à Saint-Pétersbourg, le 11 décembre 1868, entre toutes les Puissances européennes, dans le but de proscrire absolument l'emploi des balles explosibles par les troupes armées ; quand je parcours les belles et complètes instructions pour les armées en campagne des États-Unis d'Amérique ? Ces déclarations, conventions et instructions sont l'expression de principes aujourd'hui universellement reconnus, et comme autant d'articles détachés de ce code international qui finira par imposer ses prescriptions à tous les États. Je conviens qu'il manquera longtemps, toujours peut-être, de sanction effective, mais ses règles sont protégées par une sanction morale toute puissante. J'en prends à témoin l'empressement avec lequel les parties belligérantes, dans les dernières guerres, se sont attachées à se disculper de certaines violations de la convention de Genève ou de l'accord de Saint-Pétersbourg.

« Je crois donc à la possibilité de la codification qui vous préoccupe ; mais ici j'aborde la question du meilleur système à employer pour la préparation et la rédaction d'un code du droit des gens. Permettez-moi d'abord de vous dire, à ce pro-

pos, contrairement à l'opinion émise par les publicistes hollandais, russes, allemands, américains, belges, écossais, suisses et italiens qui ont signé les statuts de l'Institut du Droit international, fondé récemment à Gand, que, suivant moi, cette codification ne doit être que l'œuvre du temps ; qu'il me paraît impossible d'admettre qu'elle sorte des délibérations seules d'un aréopage de savants, quelque illustres que soient ses membres ; que le concours de trois éléments me semble indispensable pour sa réalisation : l'action scientifique, l'action diplomatique et l'action des gouvernements. Sans l'action scientifique, individuelle ou collective au moyen des meetings, pas de décisions éclairées ; sans l'action diplomatique, pas de décisions pratiques ; sans l'action des gouvernements, pas de décisions exécutoires. Je vous citais, tout à l'heure, comme acquises au code du droit des gens, la déclaration du congrès de Paris, de 1856, la convention de Genève, celle de Saint-Pétersbourg, sans compter toutes les règles uniformes et communes adoptées par les différents États, dans leurs traités relatifs à l'extradition, à la propriété littéraire, leurs conventions postales, télégraphiques, monétaires, leurs traités de commerce, etc. Comment ces dispositions internationales ont-elles pris naissance ? La science les a préparées en discutant les principes qui les gouvernent, la diplomatie les a élaborées en les pliant aux besoins des temps, et les gouvernements les ont sanctionnées. Il a fallu des années, même des siècles : soit ; mais qu'est-ce qu'un siècle, dans la vie des nations ? Les plus solides réformes sont celles qu'une longue préparation a mûries pour l'avenir. On reproche aujourd'hui à l'action scientifique individuelle et à l'action diplomatique de ne faire progresser le droit international que très lentement. Tant mieux, si cette lenteur est une condition de durée. On est d'avis que les travaux individuels des publicistes, quels que soient leur mérite et leur réputation, ne s'imposent pas aux États avec une autorité suffisante pour dominer les passions et triompher des préjugés ; on se défie du concours de la diplomatie, parce qu'on la tient pour suspecte de partialité

patriotique et de docilité hiérarchique. Je n'ai pas qualité pour défendre les savants; quant aux diplomates, je ne puis oublier que le congrès de Westphalie a consacré la liberté de conscience; le congrès de Vienne, l'abolition de la traite des noirs et la liberté de la navigation des fleuves; le congrès de Paris, les principes nouveaux du droit maritime.

« Dieu me préserve de combattre aucun des moyens imaginés pour faciliter les progrès du droit des gens; je les admets tous, et je souhaite ardemment leur succès; mais l'agitation n'est pas le mouvement, et je ne voudrais pas qu'une précipitation trop grande vînt compromettre une œuvre qui doit être le résultat de la méditation, de l'expérience et du temps. Le meilleur système à employer pour la préparation et la rédaction d'un code du droit des gens, c'est de continuer à éclairer les esprits par la discussion aussi vulgarisée que possible des questions relatives aux relations mutuelles des peuples; c'est de former par une sorte de *disputatio forensis*, au développement de laquelle les conférences comme celle de Bruxelles et l'Institut de Gand peuvent contribuer efficacement, un esprit public assez fort pour entraîner les gouvernements dans son courant; mais c'est surtout de se garder de rédiger avec trop de hâte. Lorsque les questions posées successivement et séparément au jour le jour par les événements auront été mûries par la théorie et résolues par la pratique; lorsqu'un très grand nombre de règles-principes comme celles adoptées à Paris, par exemple, à Genève et à Saint-Pétersbourg, auront été formulées par quelques États, agréées par les autres, et bientôt universellement admises, la rédaction viendra alors d'elle-même, et il suffira de quelques séances d'un congrès de diplomates, où toutes les nations civilisées seront représentées, pour réunir en un code des solutions échelonnées sur de plus ou moins longs espaces de temps. Mais supposer que l'action seule de la science opérant collectivement puisse exercer sur les gouvernements assez d'influence pour les déterminer à adopter des dispositions impératives, prohibitives ou répressives, délibérées en théo-

rie, ce serait s'abandonner à l'illusion. Quand tous les savants des deux mondes seraient unanimes sur telle question donnée, leur accord aurait une autorité imposante assurément, mais une autorité exclusivement théorique, une autorité d'estime, et voilà tout. Les gouvernements en tiendraient aussi peu de compte, dans la pratique, qu'au palais on tient peu de compte de l'opinion des auteurs.

« Le principe de l'arbitrage international a été étudié d'une manière si approfondie, depuis surtout deux années, que je doute qu'il soit possible de trouver quelque argument nouveau, soit pour, soit contre ce moyen pacifique de terminer les différents entre les États. Vous dirai-je sincèrement mon opinion sur l'arbitrage ? Je le tiens pour l'un des plus considérables progrès de notre époque, mais je suis loin de partager l'illusion des cœurs généreux qui espèrent clore par le compromis toutes les disputes internationales. Dans un intéressant rapport au Congrès de l'alliance universelle de l'ordre et de la civilisation, M. Henry Bellaire a relevé le nombre des arbitrages heureux, de 1783 à 1872. Il en a compté vingt-deux. Mais ces arbitrages ne sont intervenus généralement que sur des différents appartenant à la catégorie des litiges politiques minimes : des questions d'indemnités, par exemple, de délimitations, etc. Ils ne se rapportaient point à des questions d'honneur national. Or, ces questions d'honneur répugneront toujours à l'arbitrage ; aucun pays ne songera jamais à les faire décider par les arbitres : chaque nation est seule juge de sa dignité et des droits qui en garantissent le respect ; son devoir consiste à les défendre à tout risque et par tous les moyens. S'il était possible — comme le disait dernièrement, avec raison, un journal anglais — d'obtenir une cour de justice impeccable et infaillible, son autorité devrait évidemment être admise. Mais les tribunaux d'arbitres sont, en général, si peu à l'abri des soupçons, qu'un peuple ne saurait guère en reconnaître les sentences pour ce qui touche à l'essence même de son être. Il faut donc, pour ne pas se laisser égarer par les chimères, restreindre l'application de l'arbitrage aux litiges

d'intérêt secondaire ; et c'est déjà un progrès immense, car, autrefois,les différents de la plus minime importance ont souvent suffi pour amener de terribles conflits armés.

« Réduite à ces proportions, l'application du compromis à l'apaisement des querelles internationales s'impose à l'attention de tous les amis de la paix, et c'est accomplir une œuvre pieuse que d'étudier, comme vous allez le faire, la question de l'institution des cours arbitrales, les procédures à suivre devant elles et les moyens d'assurer l'exécution de leurs sentences.

« N'allez pas croire, cependant, que si je fais des réserves sur l'extension de l'arbitrage aux différents internationaux où l'honneur des peuples est engagé,j'aie des doutes sur le développement progressif des idées pacifiques dans le monde. Si l'histoire de la race humaine n'a été qu'une suite de guerres, de massacres, de pillages, de divisions interminables, d'oppositions mutuelles à un état de paix et de bonheur, une longue période dans laquelle chacun a été en lutte avec tous et tous avec chacun, l'avenir d'une paix universelle ne paraît pas absolument une utopie.

« Il dépend de l'homme d'écarter le fléau de la guerre ; le recours aux armes deviendra de plus en plus rare, à mesure que les gouvernements deviendront plus éclairés sur les véritables intérêts des nations, et que les peuples n'auront plus l'imbécillité d'attacher leur gloire à des dangers courus sans nécessité. Les grandes guerres religieuses, par exemple, ont cessé de désoler le monde, depuis que les hommes ont compris que toute persécution est odieuse. Autrefois les États se combattaient dans le but de s'appauvrir : aujourd'hui c'est un axiome, que la misère d'un pays rejaillit sur tous les autres. Le commerce, ce grand niveleur, tend à ne faire de toute l'Europe qu'un seul pays ; tandis qu'il rapproche les peuples, ces derniers apprennent à mieux connaître leurs droits mutuels. Plus les liens des intérêts se multiplieront entre Paris, Londres, Saint-Pétersbourg, Vienne, Rome et Berlin, plus il sera difficile de troubler la paix du monde. Les institutions démocra-

tiques, une meilleure direction donnée à l'éducation et à l'enseignement, contribueront beaucoup aussi à rendre les guerres de plus en plus rares. Mais c'est un sujet qui m'entraînerait trop loin...... »

Jamais la théorie frayant les voies à l'action des gouvernements, [1] devançant l'intervention de la politique internatio-

[1] Je viens de parler de l'action des pouvoirs publics. Je trouve dans une correspondance hollandaise, adressée de La Haye au journal l'*Italie*, un détail qui fait honneur à la sollicitude du gouvernement des Pays-Bas. Il paraît que ce gouvernement se préoccupe beaucoup, en ce moment, d'une question fort importante au point de vue des relations internationales : celle des rapports de droit civil et de l'exécution des jugements en matière civile. Le ministre des affaires étrangères, M. le baron Gericke de Hercoynen, a élaboré à ce sujet un mémoire très remarquable, dont voici la substance.

En commençant, le ministre fait ressortir la circonstance que l'effet et l'autorité des jugements rendus en matière civile et commerciale sont, en règle générale, circonscrits dans les limites du pays où ils ont été prononcés, de telle façon que dans tout autre pays ils sont sans force et sans valeur. Dans les États où il est fait exception à cette règle, c'est-à-dire où la législation reconnaît plus ou moins d'autorité aux jugements rendus en pays étranger, l'exécution de ceux-ci est subordonnée à des conditions tellement restrictives, et à une procédure si compliquée, que l'avantage que la législation de ces pays présente sur les autres est, en réalité, plus apparent que réel, et presque toujours nul dans la pratique.

La nécessité de remplacer ce système restrictif par l'application de règles plus conformes aux besoins de notre époque se fait de plus en plus impérieusement sentir.

Le développement considérable qu'ont pris les rapports internationaux de toute nature, le perfectionnement et la multiplicité des moyens de transport et de communication ont, en facilitant le déplacement des individus et des fortunes, en donnant aux relations commerciales et industrielles un caractère vraiment cosmopolite, rendu urgente une réforme basée sur la solidarité des intérêts de toutes les nations civilisées.

« La rapidité avec laquelle on traverse le monde, a dit un jurisconsulte distingué, est peu en harmonie avec la marche pénible des jugements qui, en principe, ne dépassent pas la frontière du pays où ils ont été rendus. »

Cette question a fait l'objet de discussions approfondies dans les congrès internationaux pour le progrès des sciences sociales, ainsi que d'études sérieuses dans les écrits des jurisconsultes et des publicistes. Le résultat de ces travaux a été de constater l'unanimité des hommes compétents à reconnaître l'urgente nécessité de résoudre le problème consistant à assurer l'exécution des jugements rendus à l'étranger, tout en entourant cette exécution de garanties sérieuses, destinées à remplacer celles qui résultent du système qui est actuellement en vigueur presque partout.

Une objection principale a été faite aux améliorations projetées : c'est que

nale et de la diplomatie, n'a, du reste, travaillé avec plus de zèle, d'activité, d'émulation que de nos jours à cette œuvre de civilisation européenne. Contraste frappant à noter, tandis que les cabinets des grandes monarchies de l'Europe ne son-

l'exercice de la juridiction, émanant directement du droit de souveraineté, a essentiellement pour limites celles dans lesquelles s'exerce ce droit, et que, par conséquent, ce serait porter atteinte au droit de souveraineté et d'indépendance d'un État, que d'y autoriser l'exécution d'un jugement rendu par un tribunal étranger. Cette objection, qui serait sérieuse s'il s'agissait d'imposer, contre la volonté du souverain, l'exécution d'un jugement prononcé dans un autre pays, perd toute sa force si l'on considère que la réforme proposée s'opérerait, au contraire, non seulement avec le concours et l'assentiment du souverain dont on prétend que les droits seraient lésés, mais par son propre fait, par un acte direct de sa volonté.

Ce n'est pas, en effet, tel pays qui décréterait : « Les jugements prononcés par mes tribunaux seront exécutoires dans tel autre pays ; » mais chaque État, convaincu de la nécessité de la réforme, inscrirait dans ses lois ou dans ses traités le principe que les jugements prononcés par les tribunaux de tel autre État seront exécutoires sur son propre territoire aussi bien que dans les pays où ils ont été rendus. De plus, la concession, par sa nature même, impliquerait la réciprocité. Enfin, quant à la forme, l'*exequatur* ou le *pareatis*, dont chaque État peut décréter que les jugements rendus à l'étranger doivent être revêtus, servirait à constater que, dans l'espèce, l'exécution du jugement est consentie et autorisée par le souverain territorial, et l'emploi de la formule exécutoire usitée dans le pays aurait pour effet de le nationaliser jusqu'à un certain point.

Outre les avantages directs que présente le nouveau système, il permettrait de faire disparaître plusieurs dispositions restrictives à l'égard des étrangers, qui ne sont que la conséquence des principes actuellement en vigueur par rapport à l'exécution des jugements : ainsi la caution *judicatum solvi*, le droit de soustraire l'étranger à son juge naturel, la saisie foraine, l'application exceptionnelle de la contrainte par corps existant encore dans la législation des pays où l'on s'est efforcé d'assimiler, sous d'autres rapports, la position des étrangers à celle des régnicoles. On a tâché de cette manière d'obvier aux inconvénients résultant du principe que les jugements ne sont pas exécutoires au-delà des frontières. La conclusion d'arrangements internationaux rendrait possible, pour chacune des parties contractantes, de décréter une entière égalité en matière de procédure civile entre ses nationaux et les régnicoles de l'autre État. Il leur deviendrait également possible d'accorder, d'une manière efficace, aux indigents de l'autre pays, le bénéfice du *pro Deo*, ou le droit à l'assistance judiciaire gratuite. En conférant ce droit, sous le régime du système actuel, et en dispensant en même temps les indigents de la caution *judicatum solvi*, on commet une inconséquence préjudiciable aux intérêts de l'autre partie, qui se trouve ainsi, en cas de gain de cause, privée de tout moyen d'action pour se faire restituer

gent qu'à armer les peuples de toutes pièces, et jusqu'aux dents, dans la perspective de guerres criminelles et insensées, au sein de toutes les capitales, dans tous les centres intellectuels, des esprits généreux, libéraux, pacifiques et savants ne

les frais du procès, même si la partie admise à plaider gratis se trouvait plus tard placée dans une position de fortune plus avantageuse. D'autre part, en subordonnant l'assistance judiciaire gratuite à l'obligation de fournir la caution *judicatum solvi*, le bénéfice du *pro Deo* devient complètement illusoire.

Ici, le ministre fait observer que les conséquences indirectes du principe de l'exécution internationale des jugements n'en seraient pas les moins importantes. La réforme proposée, tout en permettant à l'indigène d'exercer son droit contre l'étranger d'une manière plus prompte, plus sûre et à moins de frais, pourra faire supprimer plusieurs dispositions exceptionnelles relatives aux étrangers, et contribuera ainsi puissamment à favoriser l'essor des transactions internationales de tout genre.

La question qui préoccupe le plus le ministre des affaires étrangères des Pays-Bas est celle de savoir comment, et dans quelle mesure, l'exécution des jugements rendus à l'étranger devra être assurée par des dispositions législatives ou consacrées par des traités ; or, cette question n'est pas sans offrir de graves difficultés. Introduire d'une manière absolue, dans les lois des différents pays, le principe qui assimilerait sans réserve les jugements prononcés à l'étranger à ceux des tribunaux territoriaux, serait non pas atteindre, mais dépasser le but. La réforme ne peut être introduite que sous certaines conditions et en l'entourant de garanties réelles.

Or, ces garanties sont de deux espèces : celles qui sont purement d'ordre moral et celles qui sont d'ordre légal, et, par conséquent, susceptibles d'être consacrées par des dispositions formelles, telles que l'adoption de règles uniformes concernant la compétence *ratione personæ*, et par rapport au conflit des lois. Quant à la compétence *ratione personæ*, il est indispensable que dans les pays où les jugements des tribunaux de l'un seront exécutés dans l'autre, elle soit régie par les mêmes règles. Si les lois de ces pays contenaient, à cet égard, des dispositions contradictoires, l'assimilation des jugements donnerait lieu, dans la pratique, à d'insurmontables difficultés.

D'après quelles lois, se demande M. Gericke, faudrait-il apprécier la compétence ? Celle du pays où le jugement a été rendu, dit-il, ne saurait servir de base à cette appréciation, attendu que l'État dans lequel le jugement doit être exécuté ne peut pas faire abstraction des règles de compétence consacrées par ses propres lois. Si la partie condamnée est un citoyen de l'État où l'exécution doit avoir lieu, elle ne peut être soustraite à son juge naturel en vertu d'un acte de son gouvernement même. Autrement dit, si le jugement émane d'un tribunal incompétent d'après les lois du pays où il doit produire ses effets, le gouvernement de ce pays ne peut lui reconnaître aucune valeur. Pour ce gouvernement, c'est un acte aussi dénué de toute force obligatoire qu'un jugement prononcé par un juge territorial incompétent.

se préoccupent que d'aider les nations à se pénétrer entre elles d'une manière de plus en plus intime, en vue de la paix.

Je ne puis citer tous les travaux conçus et exécutés sous l'inspiration de cette idée si profondément humaine ; mais je

Si, au contraire, on apprécie la compétence du juge *ratione personæ* d'après les lois du pays où le jugement doit être exécuté, il est évident que l'exécution ne pourra avoir lieu que pour autant que le juge qui l'a prononcé serait compétent dans les deux pays. C'est là, du reste, ce qui a lieu en général, en matière d'extradition, dans la plupart des traités les plus récents, qui stipulent qu'un fait pénal ne donnera lieu à l'extradition que s'il est punissable dans l'un et l'autre des États contractants.

Dans les deux cas on se trouve donc en présence de graves difficultés, et il s'ensuit que tout traité devient, par rapport à l'exécution des jugements, impossible entre les gouvernements dont la législation consacre un système différent en matière de compétence. Un gouvernement peut, sans doute, parvenir à s'entendre avec un autre gouvernement par rapport à certaines règles déterminant la compétence, mais les difficultés se trouvent alors déplacées plutôt que résolues, car ces règles varieront nécessairement dans les différents pays avec lesquels on fera des traités, et l'on en arrivera ainsi à avoir autant de lois sur la compétence que de traités. Les inconvénients qui résultent de cette diversité de lois sautent aux yeux ; il suffit de songer à un procès auquel se trouveraient mêlés des plaideurs de nationalités différentes, à l'égard de chacun desquels il y aurait à tenir compte d'une autre loi sur la compétence.

Aux yeux de M. Gericke, le meilleur, sinon le seul moyen de parer à ces inconvénients, serait l'adoption par les Puissances intéressées de règles uniformes, qui seraient l'expression des principes les plus généralement adoptés dans les législations modernes, par rapport à la compétence judiciaire *ratione personæ*.

Au congrès international tenu à Amsterdam, en 1864, pour le progrès des sciences sociales, M. Lelièvre avait présenté un projet de traité entre la France et la Belgique, à peu près dans le genre de celui qui a été conclu, en 1869, entre la France et la Suisse ; ce projet contient un ensemble de règles qui pourraient être utilement consultées.

En effet, les mêmes raisons qui empêchent un gouvernement de déclarer exécutoires les jugements rendus par un juge incompétent, selon ses propres lois, s'opposent à l'exécution de jugements prononcés à l'étranger, et portant application d'une loi qui ne serait pas applicable d'après les principes en vigueur dans le pays où doit se faire l'exécution.

Ainsi, il peut se faire qu'un État ne reconnaisse pas le statut personnel des étrangers, et que les lois qui y règlent cette matière par rapport aux citoyens soient différentes de celles d'un autre État, dont la législation consacre le principe que l'état et la capacité des personnes sont régis, même en pays étranger, par les lois du pays auquel elles appartiennent, par exemple quant à la majorité, à l'âge qu'il faut avoir atteint pour pou-

veux, au moins, rendre ici un public hommage d'admiration à cette importante Société de législation comparée, qui réunit les publicistes les plus considérables de France, qui a pour objet l'étude des lois des différents pays et la recherche des moyens pratiques d'améliorer les diverses branches de

voir se marier, s'obliger, etc. Il peut arriver, de même, que, d'après le droit positif d'un État, les biens meubles possédés par un étranger soient soumis au régime du statut réel, tandis que la législation de l'autre État applique à ces biens la loi du domicile de l'étranger. Il importe donc de s'entendre aussi à l'égard des règles destinées à faire disparaître des conflits de ce genre.

Le ministre des Pays-Bas reconnaît qu'il s'agit ici d'une des matières les plus difficiles et les plus compliquées du droit international privé. Il n'estime pas que le gouvernement des Pays-Bas soit autorisé à formuler et à proposer les règles destinées à former, sur la matière, une espèce de code européen ; il pense, enfin, que l'étude de la question n'est pas assez avancée, que la conviction des publicistes et des jurisconsultes n'est pas suffisamment assise pour pouvoir faire une proposition de ce genre, avec quelque chance qu'elle obtienne l'adhésion des gouvernements intéressés à la solution de l'importante question des jugements rendus à l'étranger.

C'est pourquoi, au lieu de poursuivre avec les pays étrangers et amis des négociations isolées, qui n'amèneraient que fort difficilement les résultats identiques indispensables pour régler la matière d'une façon pratique, le gouvernement néerlandais a préféré invoquer le concours des autres gouvernements, afin de réunir une conférence qui serait composée d'hommes compétents, désignés par chacun d'eux.

Cette conférence serait chargée de s'entendre sur les conditions légales nécessaires pour régler l'exécution réciproque des jugements prononcés dans un autre pays, et de rédiger un ensemble de règles ayant pour objet de prévenir le conflit des lois civiles et commerciales, tant en matière de compétence judiciaire que sous d'autres rapports. Elle pourrait, à la même occasion, déterminer le rôle, désormais modeste, qui doit appartenir au tribunal chargé d'accorder l'*exequatur*.

Dès qu'une fois la conférence aurait arrêté ces règles, celles-ci seraient soumises à l'approbation des gouvernements, et formeraient la base d'une modification identique de la matière dans les différents pays, soit en obtenant dans chacun d'eux la sanction du pouvoir exécutif, soit en en faisant l'objet de stipulations conventionnelles.

D'une manière ou de l'autre, le but serait atteint; les obstacles qui s'opposent à l'exécution des jugements au-delà des frontières du pays où ils ont été prononcés seraient écartés. En réalité, ces obstacles existent pour tous les gouvernements, qui ont un intérêt égal à tâcher de les faire disparaître, parce qu'ils se trouvent tous placés, à cet égard, dans les mêmes conditions.

Aucun intérêt particulier ne se trouvant ici en jeu, puisqu'il s'agit, au contraire, de la réalisation d'un vœu commun, d'une réforme dont l'impor-

la législation. Cette société publie tous les ans un *Annuaire* contenant la traduction des principales lois votées chez les peuples étrangers. Chaque année, ces lois viennent s'y ranger, traduites et annotées, dans l'ordre même de leur promulgation. Avec le temps, grâce aux changements continus qui s'opèrent dans les institutions des divers États, la collection des volumes de l'*Annuaire* de la Société de législation comparée formera un répertoire complet de la législation étrangère sur presque toutes les matières du droit public, administratif, civil, commercial et criminel.

Pourrais-je oublier l'œuvre si savante, si complète et si justement renommée dans les deux mondes, fondée il y a six ans par M. Rolin-Jaequemyns, avocat à Gand, docteur en droit et en sciences politiques et administratives? La *Revue de droit international et de législation comparée* a donné depuis longtemps des preuves suffisantes de noblesse, d'indépendance et d'utilité scientifiques. Elle est parvenue à la sixième année de son existence, et son succès s'affirme tous les jours davantage. M. Rolin-Jaequemyns et ses deux collaborateurs, MM. Asser et Westlake, ont voulu faire plus encore pour la science du droit public. Ils viennent de fonder des *Archives de droit international et de législation comparée*, destinées à procurer aux jurisconsultes de tous les pays le texte authentique ou, tout au moins, la traduction ou l'analyse des traités, décisions arbitrales internationales ou des actes législatifs contemporains qui, par leur nature et leur importance, présentent un intérêt général. Il n'existait jusqu'à présent aucune publication donnant *dans leur ensemble*, et autant que possible *dans leur texte original*, les principaux *actes* contemporains de la vie publique extérieure et intérieure des différents peuples. Aux recueils des traités il

tance et l'utilité sont généralement reconnues, le gouvernement des Pays-Bas espère que la matière est essentiellement de nature à être préparée par une conférence internationale. Aussi a-t-il adressé à ses agents diplomatiques et consulaires accrédités auprès des diverses Puissances une note dans laquelle il expose les principes développés dans le remarquable mémoire dont les points les plus saillants viennent d'être indiqués.

manquait les lois; aux recueils des lois il manquait les traités. Les *Archives* donneront à la fois les lois et les traités. Comme telles, elles fourniront le complément naturel de la *Revue de droit international et de législation comparée*, où se publient des articles originaux émanés de jurisconsultes et d'hommes d'État de divers pays et ayant ces mêmes actes pour objet.

Il ne faut pas omettre, non plus, d'inscrire au nombre des publications récentes les plus dignes d'intérêt, et qui sont appelées à rendre de réels services, le *Journal du droit international privé*, ou *Recueil critique de doctrine, jurisprudence, législation, concernant les étrangers et les conflits de lois dans les différents pays*, créé avec le concours de M. Demangeat, conseiller à la cour de cassation française, et de M. Mancini, l'éminent professeur à l'Université de Rome, par M. Clunet, avocat à la cour d'appel de Paris. Ce recueil périodique promet d'être absolument pratique. Les jurisconsultes qui le rédigeront examineront, sans doute, théoriquement les questions de droit international privé, mais ils montreront surtout comment elles se résolvent dans le domaine du fait. Ils s'engagent à traiter successivement les points les plus divers du domaine juridique, et à étudier d'une manière plus particulière la matière des assurances maritimes et terrestres, de la navigation maritime et fluviale, des lettres de change, des faillites, de la propriété industrielle et littéraire, des marques de commerce, du domicile, des successions et testaments, des sociétés, de la naturalisation, du mariage et des droits des époux, de l'enregistrement, de l'extradition, etc. On doit souhaiter à cette publication naissante le succès qu'elle mérite. Si ses inspirateurs et ses auteurs trouvent dans le monde des théoriciens et des praticiens assez d'appui pour réaliser leur intelligent programme, le public savant leur devra un tableau comparé très-précieux du droit international privé dans son développement successif, et une réunion fort commode des matériaux nécessaires pour permettre de déterminer *à posteriori* les principes rationnels de cette branche du droit.

L'École libre des sciences politiques fondée à Paris, il y a trois ans, mérite aussi une mention dans cette énumération sommaire des œuvres entreprises pour rapprocher moralement les peuples, en faisant tomber les voiles qui cachent aux uns les institutions des autres. Cette belle École rayonne déjà au loin. Son enseignement comprend des cours, des conférences, des exercices consistant en travaux écrits et en débats oraux sur les questions les plus importantes de chaque branche des sciences politiques, des voyages d'étude en France et à l'étranger.

Les cours ont surtout pour objet de tracer le cadre général de chaque ordre de connaissances. Trois caractères les distinguent de la plupart des enseignements du même genre qui se donnent ailleurs. Tous sont des *études comparées*, c'est-à-dire que les peuples étrangers y figurent en regard de la France, apportant dans chaque branche la lumière de leurs exemples, de leurs succès et de leurs mécomptes. Presque tous sont des *études historiques*, c'est-à-dire que chaque partie de l'organisation politique y est exposée, non pas seulement sous sa forme actuelle, mais dans son développement successif. Tous sont des *études contemporaines*, c'est-à-dire que leur partie développée porte sur une période limitée qui ne remonte pas au-delà d'un siècle.

Les conférences sont plutôt destinées à initier les jeunes gens à la *pratique de chaque carrière*. Ici les élèves sont mis en présence des sources et des documents originaux. Le futur diplomate s'habitue à compulser les pièces de la correspondance relative à une négociation, à en peser et à en commenter les termes, à interpréter le texte d'un traité; le futur auditeur au conseil d'État décompose dans le *blue book* anglais ou français un budget général, fait l'historique d'un point de législation française ou étrangère. Des travaux écrits viennent seconder ces exercices. En général, les questions importantes sont partagées de gré à gré entre les élèves; chacun étudie la partie qui lui est échue, en présente l'analyse et soutient ses conclusions dans une discussion animée.

D'autre part, on reproduit par avance les travaux qui se font dans les chancelleries, au conseil d'État, à la cour des comptes. On rédige des notes relatives à une situation diplomatique donnée ; on discute un projet de règlement d'administration publique ; on éclaircit un conflit soulevé entre plusieurs législations étrangères. Grâce à ces exercices, les élèves pénètrent dans les secrets de la pratique professionnelle ; initié par l'étude des législations comparées aux institutions des pays divers, leur esprit se dégage des étreintes de l'exclusivisme national. Ils sortent de l'école complètement préparés à l'examen d'état qui est placé au seuil de leur carrière, et rompus, dans une certaine mesure, aux travaux qu'ils doivent rencontrer en y entrant.

L'ouvrage si substantiel, si indépendant de tout point de vue systématique et si profond de M. Pasquale Fiore, sur le droit international privé, me paraît arriver fort à propos au milieu de ce grand mouvement des esprits. Il vient offrir quelques idées nouvelles et utiles qui seront accueillies, j'en ai la conviction, avec intérêt et sympathie. M. Fiore, je crois pouvoir le dire sans crainte d'être accusé de partialité amicale, est une intelligence élevée, un travailleur modeste et désintéressé, qui cultive la science pour elle-même, un infatigable pionnier du progrès. Son nom, répandu aujourd'hui dans le monde savant, honore l'Université de Pise ; ses travaux, éclairés par les rayons d'une saine philosophie et réchauffés par l'ardeur du plus pur patriotisme, peuvent être revendiqués avec fierté par l'Italie.

Je suis persuadé que les lecteurs qui ne sont point familiers avec la riche, expressive et mélodieuse langue italienne, me sauront gré de leur avoir signalé ce livre et de l'avoir traduit pour eux[1].

P. PRADIER-FODÉRÉ.

Paris, ce 6 mars 1874.

[1] Quinze ans se sont écoulés depuis que j'ai écrit et signé cet avant-propos. Qu'il me soit permis d'ajouter les détails suivants à ce que je disais, en

1874, au sujet de l'Institut de droit international, de la Société de législation comparée, de la *Revue de droit international et de législation comparée*, du *Journal du droit international privé* et de l'Ecole des sciences politiques de Paris. Association exclusivement scientifique, l'Institut de droit international est devenu l'autorité la plus considérable, la plus imposante du droit des gens dans les deux mondes. La Société de législation comparée a publié le dix-septième volume du monument qui s'appelle l'*Annuaire de législation étrangère*, et enrichit, chaque année, de traductions nouvelles sa précieuse collection des principaux codes étrangers. Parvenus, l'un à sa vingt-et-unième année, l'autre à sa seizième année d'existence, la *Revue de droit international et de législation comparée*, et le *Journal du droit international privé* se lisent dans toutes les universités, dans tous les milieux savants du globe, partout où il y a des esprits qui s'intéressent aux progrès du droit international. L'Ecole des sciences politiques de Paris, enfin, est depuis longtemps considérée, en France, et même au dehors, comme la plus riche pépinière de la diplomatie et de l'administration. Quant au *Traité de droit international privé* de M. Pasquale Fiore, dont je traduisais, en 1874, la première édition italienne, il a pris des développements tels, il a été refondu dans de telles proportions, qu'il constitue aujourd'hui une œuvre presque nouvelle. Il m'eût été agréable d'offrir au public français une traduction de cette troisième édition italienne, mais mes travaux personnels ne m'ont pas permis de me donner cette satisfaction, et j'ai dû y renoncer. La traduction qui se publie aujourd'hui de cet ouvrage aura, j'en ai la certitude, le succès qu'a obtenu sa devancière. Je le constaterai avec l'intérêt que m'inspirent le mérite de l'œuvre et la personne de l'auteur. M. Pasquale Fiore n'a pas conservé le traducteur, mais il a conservé l'ami.

P. P. F.

PRÉFACE

DE LA TROISIÈME ÉDITION ITALIENNE

La seconde édition de notre traité de droit international privé n'a été que la reproduction exacte de la première, publiée chez l'éditeur Lemonnier, à Florence, en 1869. Nous nous étions, en effet, contenté d'y ajouter un appendice. Différentes circonstances nous ont empêché de revoir et de refaire cet ouvrage, que nous avions écrit dans les premières années de notre enseignement à l'Université de Pise. Au moment où nous l'avons fait paraître, il avait été publié en France et en Italie bien peu d'autres ouvrages sur cette matière. En France, le livre de Fœlix tenait le premier rang. En Italie, le traité le plus important était celui de Nicolas Rocco, publié sous le titre de *Trattato di diritto civile internazionale*, à la même époque que l'ouvrage de Fœlix.

Nous sommes convaincu que le succès de notre ouvrage en France doit être attribué à la rareté des traités de droit international privé existant alors.

En Angleterre et en Amérique, il avait été imprimé des ouvrages d'une valeur incontestée. Il suffira de citer les livres classiques, de Livermore, *Dissertation an the contrariety of Laws*, et de Burge, *Commentaries on colonial and foreign Laws;* celui du jurisconsulte américain Story, *On the conflict of Laws*, l'un des plus importants qui existent à raison de la profondeur de la doctrine et

de l'étendue de l'érudition, et celui de Phillimore, *Commentaries upon international Law*. En Allemagne et en Autriche, on pouvait citer entre autres ouvrages ceux de Schaeffner et de Savigny. En France, où l'on trouve une si grande richesse des travaux juridiques, cette matière avait été traitée spécialement depuis Fœlix par peu d'écrivains, parmi lesquels nous citerons Massé et Demangeat.

Dans ces dernières années, l'étude du droit international privé a pris une extension considérable, en raison du développement prodigieux de l'industrie et du commerce internationaux. Les jurisconsultes de tous les pays ont étudié à fond les questions des conflits des lois des différents Etats. Les ouvrages qu'ils ont publiés sont nombreux et de grand mérite. Aussi peut-on dire avec raison que, dans ces dernières années, cette partie de l'encyclopédie juridique a acquis la principale importance comme science spéciale. Outre les monographies aussi variées qu'approfondies sur diverses questions spéciales, on peut citer des ouvrages généraux et de longue haleine. Parmi ces derniers, on peut mentionner : en Allemagne, *Das internationale Privat und Straftrecht*, de Bar ; en Angleterre, *A treatise on private international law*, de Westlake ; en Amérique, *On the conflict of laws*, de Wharton, et les *Commentaires sur les éléments de droit international de Wheaton*, par William Beach Lawrence ; en Belgique, le *Droit international* (en 8 volumes), de Laurent ; en Suisse, le *Cours de droit international privé* (en 3 volumes), de Brocher ; en France, la *Théorie traditionnelle des statuts*, de Barde ; le *Précis de droit international privé*, de Despagnet, et le *Traité élémentaire de droit international privé*, de Weiss, et enfin l'important ouvrage *Traité de droit international public*, de Pradier-Fodéré, où, sous le titre de *Relations de droit privé*, on trouve étudiée d'une façon large les questions relatives à l'application des lois étrangères ; en Italie, le *Trattato*

di diritto civile internazionale, de Lomonaco ; en Espagne, les *Principios de derecho international privado*, de Banuel Torrès Campos.

Profitant largement, plus encore que de notre enseignement dans les Universités de Pise et de Turin, des études profondes des jurisconsultes contemporains de tous les pays et des discussions importantes au cours des sessions de l'Institut de droit international, nous avons élargi le champ de nos recherches. Nous avons donc senti, en publiant cette édition, le besoin de refondre complètement l'ouvrage que nous avons déjà publié, et de traiter en des parties et en des volumes séparés des questions relatives au droit civil, au droit commercial, à la procédure et aux jugements et au droit pénal.

Toutes ces matières ne pourraient pas réellement être comprises sous le titre du présent ouvrage, car les lois qui concernent les juridictions et la compétence, celles qui règlent la répression des délits et l'extradition, font plutôt partie du droit public interne que du droit international. Il faudrait dès lors, soit se limiter à traiter du droit civil et du droit commercial internationaux, ou bien adopter un titre plus étendu pour embrasser toutes les lois d'Etats différents, quelle que soit la nature de ces lois. Ce titre, ainsi que nous le dirons plus loin, pourrait être le suivant : *De l'autorité et de l'application des lois d'Etats différents d'après les principes du droit international.*

Nous avons cru cependant utile de conserver le titre des éditions antérieures, tant parce qu'il est admis par la majorité des auteurs, que parce que nous voulions nous conformer à la sage observation de Mackintosh, que les innovations, dans les termes de la science, ne peuvent pas arriver à compenser par leur plus grande précision l'incertitude et la confusion résultant du changement [1].

1. *Discourse on the Law of nature and nations*, traduit par Pradier-Fodéré, t. III, de Vattel, p. 360, i. n.

Nous avons cru seulement indispensable de faire de chacune de nos parties un traité spécial et indépendant des autres pour éviter ainsi la confusion dans notre étude.

Notre ouvrage sera dès lors divisé en quatre parties distinctes :

I. Droit civil international ;
II. Droit commercial international ;
III. Droit judiciaire international ;
IV. Droit pénal international.

PRÉFACE

DE LA QUATRIEME ÉDITION

Ce volume est la reproduction de celui de la troisième édition, qui constitue une œuvre nouvelle, où la matière de la seconde édition a été considérablement étendue et complétée.

Le tome Ier de cette troisième édition a été édité en 1888, le second volume en 1889. Ce travail fut ensuite interrompu, par suite de la publication de mon *Droit international codifié*, dont la première édition parut en 1890, la deuxième, considérablement augmentée, en 1890, et la troisième en 1900. Dans l'intervalle, j'ai également écrit un volume intitulé *De l'état et de la condition juridique des personnes d'après la loi civile*, qui a été publié par l'éditeur Marghieri en 1893.

Quand j'ai repris mon travail pour achever la publication de la troisième édition du présent ouvrage, il se trouva que plusieurs questions nouvelles avaient été étudiées par les auteurs qui s'occupent de l'étude du Droit international privé. Par suite de l'extension incessante du domaine des rapports entre citoyens d'Etats distincts, motivée par le dépeloppement continu et prodigieux de l'industrie et du commerce internationaux, les causes de conflits entre les lois des différents pays devaient se multiplier, de façon à étendre le champ des études et des discussions. Des ouvrages importants avaient été édités,

aussi bien que de nombreuses monographies, sur des questions aussi variées qu'importantes. Ainsi, depuis la publication de mes deux volumes, Weiss a commencé en 1892 la publication de son important *Traité de Droit international privé*, dont chacun des quatre volumes édités constitue une étude spéciale et approfondie des différentes matières du Droit international privé. En Belgique, Albéric Rolin a publié en 1897 l'ouvrage en trois volumes intitulé *Principes de Droit international privé*. Dicey a fait paraître en un gros volume son ouvrage tout à fait approfondi intitulé *The conflict of Law*. En Allemagne, outre l'ouvrage publié par Bar en 1889 sous le titre de *Theorie und Praxis der international privat und Strafrecht*, Newmann a fait paraître en 1896 son *Internationales Privatrechts in form eines Gesetzentwurf*, et Frittelmann ses deux volumes intitulés *Internationales Privatrecht*. En Amérique a paru l'ouvrage de Alcorta intitulé *Curso de Derecho internacional privado*. Notons que nous évitons de mentionner un certain nombre d'ouvrages également sérieux, bien que moins volumineux.

En ce qui concerne les monographies, on peut s'en faire une idée en se reportant aux articles publiés dans le *Journal de Droit international privé* et dans la *Revue de Droit international* sur différentes questions, qui y sont envisagées à un point de vue tout à fait nouveau.

En tenant compte des travaux des jurisconsultes contemporains et des discussions auxquelles ils se sont livrés pour étendre le champ des études de Droit international privé, j'avais reconnu que mon exposé des principes fondamentaux dans la *Partie générale* de mon volume publié en 1888 n'était pas complète. Je ne pouvais en effet pas alors prévoir le développement incessant depuis de certaines questions étudiées par les auteurs. J'ai cherché toutefois à combler les lacunes de mon travail, quand j'ai repris, après l'œuvre interrompue, la publication de la troisième édition et, dérogeant volontairement à une

méthode rigoureuse, j'ai exposé, dans le troisième volume publié en 1901 et dans le quatrième édité au début de 1902, certaines controverses d'ordre général qui, en réalité, auraient été mieux à leur place dans la Partie générale du premier volume.

Actuellement, en publiant la quatrième édition, si je voulais respecter rigoureusement les règles de la méthode, je devrais refondre complètement tout mon traité et en élargir la Partie générale, en y incorpoarnt certaines questions, qui devraient rigoureusement y figurer. Il devrait en être ainsi notamment de celles qui concernent le conflit entre les règles de Droit international privé consacrées par les législateurs des différents Etats, ou la question dite du *renvoi ;* les principes relatifs à la limitation de l'autorité des lois étrangères ; les principes fondamentaux en ce qui concerne le statut des formes ; ceux relatifs aux rapports dérivant du domicile et de la qualité de citoyen d'un Etat donné en concurrence avec la loi personnelle, et ceux concernant la loi qui doit régir les obligations qui naissent en l'absence de toute convention. Ces questions et toutes autres analogues devraient donc être étudiées dans la Partie générale, si je voulais la compléter et la rendre plus méthodique. Toutefois, ayant développé toutes ces questions dans le troisième et le quatrième volume de la troisième édition, je crois sans utilité de remanier tout mon ouvrage.

Le lecteur trouvera dans les renvois et dans la table analytique des indications suffisantes pour connaître ce qui lui est utile de savoir. Il ne m'est pas donné de pouvoir actuellement refaire complètement tout mon ouvrage de façon à classer les matières d'une façon rigoureusement méthodique. Il ne m'est pas, du reste, permis d'espérer pouvoir le faire dans l'avenir, et je me considérerai comme très heureux si je puis, dans les années qui me restent à vivre, terminer l'examen des autres matières qu'embrasse le titre donné à mon traité.

Je dois en effet étudier l'autorité des lois commerciales dans les rapports internationaux ; l'autorité des lois de procédure, des sentences des tribunaux étrangers et celle des lois pénales.

Dans ces conditions, ne pouvant faire autrement que de violer, contraint que j'y suis, l'ordre méthodique des matières, je fais appel à la bienveillance du lecteur pour me le pardonner.

Naples, avril 1902.

PASQUALE FIORE.

LE
DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

PRÉLIMINAIRES

NOTION ET OBJET DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

CHAPITRE PREMIER

1. La diversité des lois est un fait nécessaire. — 2. Triple point de vue sous lequel l'individu peut être considéré comme soumis à la loi. — 3. Définition de la science. — 4. Fondement et développement de la science. — 5. Utilité des traités. — 6. Nécessité d'un traité général.

1.—Le droit positif, en tant qu'il règle toutes les relations entre les personnes régies par l'autorité de la loi, est soumis à certaines règles de développement constant et de progrès, auxquelles l'activité humaine est également soumise.

Cette activité est subordonnée aux circonstances de temps et de lieu, qui sont nécessairement variables et elle en ressent les influences. De là il résulte que les lois, qui en règlent le développement doivent être diverses dans les différents pays. Une telle diversité est un fait naturel et nécessaire.

C'est un fait naturel, parce que la législation de chaque État doit être la plus exacte expression des besoins spéciaux de chaque peuple, eu égard à l'état actuel de sa culture, de son degré de civilisation, de l'ensemble du milieu historique de chaque époque. Par conséquent, tout système de lois devant être l'expression du bien relatif, c'est-à-dire de

ce qui, dans certaines circonstances données de temps et de lieu, peut mieux convenir, il est évident que les institutions juridiques doivent varier dans les différents pays.

C'est un fait nécessaire, parce que le progrès de la législation est la condition nécessaire de la vie du droit positif, d'où il résulte que le droit à l'intérieur de chaque État est variable et absolument différent dans les divers pays.

L'uniformité de législation, qu'ont rêvée certains auteurs, comme une forme de perfectionnement de la civilisation, est un désir véritablement irréalisable. On peut seulement espérer que les bases, sur lesquelles reposent les législations des États qui sont au même niveau de culture et de civilisation, deviendront toujours plus conformes aux principes communs de la justice et du droit naturel. Il est, en effet, impossible qu'il y ait des lois uniformes pour des États qui vivent de leur vie propre, qui ont des traditions, des usages et des coutumes à eux, et sont soumis à des conditions géographiques, ethnographiques, morales et politiques spéciales.

2. — Il faut dire aussi que l'individu peut être considéré comme soumis à la loi à un triple point de vue : *Tribus fere modis*, dit Hertius, *homines summis subjiciuntur potestatibus, vel ratione personæ suæ, vel ratione rerum, vel denique ratione actuum.*[1] En effet, la loi détermine premièrement l'état et les qualifications de la personne, ou en d'autres termes la condition et la capacité juridiques de la personne. Elle établit en second lieu, quels sont les droits, dont l'individu est susceptible dans ses rapports avec les choses, et elle en règle l'exercice. Elle spécifie enfin, quels sont les actes de l'individu, qui ont une valeur juridique, et elle détermine les conditions nécessaires pour qu'ils aient cette valeur. L'individu est dès lors soumis à la loi, tant au point de vue de sa personne, qu'à celui des choses et de ses actes.

L'individu, pouvant exercer son activité hors des limites

[1] Hertius, *De collisione leg.*, Section IV, p. 4.

de son propre territoire, on peut le considérer comme soumis à la loi à divers points de vue. Supposons, en effet, que quelqu'un se rende en pays étranger et y acquière des biens, et qu'ensuite, étant dans un autre État, il dispose de ces mêmes biens par acte entre-vifs ou de dernière volonté, alors nous trouverons cet individu soumis à des lois diverses, à des points de vue différents. Quelle sera la loi qui devra régler chaque relation juridique? D'après quelles règles décidera-t-on dans chaque cas, si l'on doit appliquer de préférence la loi de la patrie ou celle du lieu où sont situés les biens, ou celle du lieu où l'acte de disposition est devenu parfait?

3. — La science, qui a pour objet d'établir les principes, d'après lesquels on doit déterminer la loi applicable pour régler les rapports réciproques entre sujets d'États différents, ou de régler les relations et les faits juridiques, qui naissent et se développent sur le territoire soumis à l'empire d'une autre souveraineté, est qualifiée généralement de science du *Droit international privé*. Certains auteurs la désignent sous la dénomination de *Théorie des conflits des lois*.[1]

4. — Il ne nous semble pas que les titres précédemment adoptés expriment exactement et complètement l'idée de notre science, et si nous n'avions pas craint d'engendrer de l'incertitude et de la confusion, en changeant notre titre, nous y aurions substitué le suivant : *De l'autorité et de l'application des lois d'États différents suivant les principes du Droit International.*

[1] Huber intitule son traité *De conflictu legum*. Le même titre a été employé par Hert, par Story, par Wharton, par Waechter et par beaucoup d'autres auteurs. Voët a adopté le titre *De concursu legum*. La dénomination de *Droit international privé* est plus communément employée. Certains auteurs se sont servis à la fois de ces deux expressions. C'est notamment ce qu'a fait récemment Asser, qui intitule son ouvrage *Eléments de droit international privé ou du conflit des lois*. Laurent s'est servi du titre de *Droit civil international*, titre déjà précédemment employé par Rocco et par d'autres auteurs.

Le titre de *Droit international privé*, qui est le plus généralement reçu, ne peut pas comprendre le *Droit pénal international*, ni les autres parties du droit qui touchent au *Droit public* plutôt qu'au *Droit privé*.

Le titre de *Conflit des lois* ne rend pas l'idée qu'on veut exprimer. Le concours des lois qui peut donner naissance au conflit est le fait présupposé, qui rend nécessaire la science qui fournit les règles pour la solution des conflits. On devrait dès lors, en tout cas, dire : *Principes ou théorie pour résoudre les conflits des lois*. Même ainsi modifié, ce titre ne serait pas encore exact ; car les conflits des lois se présentent même à l'intérieur d'un même État, à la suite des changements législatifs et du concours des lois anciennes et des lois nouvelles. De plus, si dans l'état actuel des choses, il se produit des conflits, cela résulte de ce que l'on n'a pas encore bien déterminé quelle doit être l'autorité de chaque loi au-delà du territoire soumis au souverain qui a promulgué cette loi. Si cela était bien établi, les conflits disparaîtraient. En effet, une fois les limites de l'autorité de chaque loi déterminées, chaque rapport juridique devrait être régi par la loi sous l'empire de laquelle il devrait être, sauf les exceptions qui pourraient en certains cas en limiter l'application.

Or, il nous semble que le but de la science doit être de déterminer l'autorité exterritoriale de chaque loi, c'est-à-dire de rechercher et d'établir d'après les principes du droit, si l'autorité, la force et l'efficacité de toute prescription impérative sanctionnée par chaque législateur doivent s'arrêter aux frontières de l'État où ce législateur commande, ou s'étendre en certains cas sur le territoire soumis à une autre souveraineté ; et ensuite, étant donné que l'on doive admettre l'autorité exterritoriale de la loi, de préciser les limites, dans lesquelles cette loi peut être admise. Une fois déterminée la loi qui, d'après la nature des choses, a l'autorité de règle d'un rapport juridique donné, il est clair que tout conflit doit disparaître.

Le titre que nous avons proposé pourrait évidemment

s'appliquer à toutes les branches de la législation positive, et embrasser, non seulement les matières civiles, commerciales et judiciaires, par conséquent, les preuves, les instances, l'autorité des décisions judiciaires, mais encore comprendre le droit pénal et le droit public. En tout cas, le problème qui s'impose est pour nous toujours le même : il consiste à déterminer les limites territoriales de l'autorité de chaque loi souveraine. Notre titre, non seulement n'exclurait pas, mais embrasserait les subdivisions. On peut, en effet, raisonnablement examiner en particulier l'autorité exterritoriale des lois civiles, des lois commerciales, de celles qui concernent l'administration de la justice ou le droit pénal, sans confondre toutes ces matières, comme on le ferait en adoptant le titre de *Droit civil international* admis par Laurent, ce titre ne pouvant embrasser ni les matières commerciales ni les autres, ou en prenant celui de *Droit international privé*, et en traitant néanmoins indistinctement de toutes ces mêmes matières.

Nous dirons en outre, que notre titre indiquerait bien que notre science est toute spéciale, et se distingue nettement du droit privé et du droit public. Nous ne pouvons pas, en effet, admettre l'opinion de Laurent, qui prétend que le droit international privé est une branche du droit international public,[1] pas plus que celle des auteurs qui voudraient méconnaître les affinités de notre science avec celle du droit international ou droit des gens. Nous pensons, au contraire, que notre science doit profiter des principes du Droit international public, parce que c'est d'après ces principes, qu'on doit déterminer jusqu'à quel point la souveraineté territoriale peut ou doit admettre l'application des lois de la souveraineté étrangère. Elle doit s'inspirer des principes du droit privé, pour protéger les droits des personnes, même quand ces droits sont nés sous l'empire des lois d'États différents, ou ont pour objet des biens sis dans des pays différents.

[1] Laurent, *Dr. civ. internat.*, T. I, Introduct., § 1.

5. — On n'a pas manqué de contester l'existence du droit international privé ; mais aujourd'hui on admet généralement que les objections, qu'on a soulevées à ce sujet, ne peuvent pas être considérées comme bien fondées. Il est vrai, qu'à peu d'exceptions près, les législations positives ne contiennent aucunes règles juridiques relatives à l'autorité des lois étrangères. Dans beaucoup d'États, cette matière est réglée par les traités, et des auteurs autorisés ont considéré l'application des lois étrangères comme fondée exclusivement sur la *comitas gentium.* Cela néanmoins ne change pas la substance de la chose, et ne saurait amener à soutenir raisonnablement, qu'il n'existe pas de principes relatifs à l'autorité tant territoriale qu'exterritoriale des lois.

De même qu'il y a des principes et des règles pour déterminer l'autorité des lois nouvelles en concurrence avec les lois anciennes, de même il existe des principes et des règles pour déterminer et fixer les limites de l'autorité des lois de chaque État en concurrence avec celles des autres États.

Il est vrai toutefois, qu'il n'existe pas encore entre les jurisconsultes des divers pays une grande uniformité de vues relativement à ces principes et à ces règles, ce qui rend la science incertaine et mal assurée. Il faut cependant espérer, que l'accord entre les savants s'établira peu à peu, surtout parce que la nécessité de cet accord devient de plus en plus grande, à la suite du développement incessant de l'activité humaine sur les territoires soumis à des souverainetés différentes et des rapports que les étrangers, (qui forment actuellement une partie notable de la population de chaque État), ont avec les citoyens.

L'accord entre les savants sera certainement facilité par leurs congrès. Parmi ces réunions, on doit mentionner tout spécialement, celles de l'Institut de droit international, qui a entrepris l'œuvre louable d'exciter les jurisconsultes de tous les pays à étudier et à discuter en commun les règles propres à résoudre les conflits des lois.

6. — On n'arrivera à la solution définitive du problème, que lorsque les États se seront mis d'accord pour passer un traité général formulant les règles relatives à l'autorité territoriale et exterritoriale des lois, et établiront ainsi entre eux un droit commun, qui pourra amener l'uniformité de la jurisprudence internationale pour la solution des conflits des lois des États différents.[1]

C'est là le but de notre science. Du reste, certains principes communs, tels que ceux relatifs à la forme des actes et à la capacité des personnes, ont déjà été admis par la majorité des États civilisés, et l'on peut avec raison espérer que, dans un temps plus ou moins rapproché, on verra ces mêmes États admettre les autres principes, que la science indiquera comme les meilleurs pour résoudre les conflits des lois d'États différents.

[1] Savigny, dans son savant *Système du droit romain*, a mis en relief l'idée de la communauté juridique pour résoudre d'une façon uniforme les conflits des lois.

Parmi les codes modernes, le Code civil italien se distingue par une rédaction systématique des principes généraux du droit international.

La nécessité d'un traité général en cette matière a été reconnue par l'Institut de droit international, qui en a fait l'objet d'une étude spéciale, et a nommé une commission pour étudier la question suivante : Utilité de rendre obligatoire pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé, pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles.

CHAPITRE II

EXPOSÉ SOMMAIRE DE L'HISTOIRE DE LA CONDITION DES ÉTRANGERS.

7. Grande diversité entre la condition des étrangers dans les temps anciens et dans les temps modernes. — 8. Rigueurs de la législation romaine relativement aux étrangers. — 9. Tempéraments apportés aux règles rigoureuses du droit. — 10. Condition des étrangers au moyen-âge. — 11. Droit d'aubaine. — 12. Législation française. — 13. Législation anglaise. — 14. L'Eglise et la Révolution française. — 15. Code civil français (art. 11, 776, 912). — 16. Condition des étrangers en Angleterre dans les temps modernes. — 17. Dispositions de la législation italienne. — 18. Condition des étrangers dans les autres Etats.

7. — A notre époque, où les peuples sont liés entre eux par la civilisation et le commerce, et où l'utilité même des États les engage à ne pas exclure de leur sein les étrangers, nous ne pouvons presque plus nous rendre compte de la façon suspecte dont ils étaient traités jadis, tolérés *à peine*, et souvent repoussés, grevés de lourdes taxes et considérés comme hors du droit commun.

Quand Alexandre le Grand, dans un édit immortel, proclamait que les hommes honnêtes de toute contrée devaient être considérés comme frères, et que les criminels seuls étaient des étrangers, il faisait un anachronisme glorieux, parce que la Grèce fut bien loin d'admettre dans sa législation ce noble principe.

Les Athéniens, qui s'honoraient d'avoir un temple dédié à *Pitié* pour recevoir les étrangers, assignaient à ceux-ci un quartier spécial, où ils étaient comme emprisonnés, les sou-

mettaient au paiement annuel d'un tribut de douze drachmes et vendaient comme esclaves ceux qui refusaient de payer cette taxe. [1]

A Sparte, on interdisait l'entrée du territoire aux étrangers, de crainte qu'ils n'altérassent les sévères coutumes de cette cité.

8. — Rome même, qui au point de vue du gouvernement des peuples parvint au plus haut degré de civilisation et de grandeur, ne fut point bienveillante à l'égard des étrangers. Le droit civil formait chez elle un cercle étroit, dans lequel l'étranger ne pouvait pénétrer. Le droit quiritaire, les formalités compliquées des actions de la loi, le plein pouvoir attribué à la *mancipatio*, dont les formes sacramentelles ne pouvaient être suppléées que par l'*usucapio*, les solennités des testaments, l'ensemble de la procédure manifestent les institutions d'un peuple jaloux de ses privilèges et décidé à en exclure les étrangers. [2] C'est seulement pour les citoyens de Rome, que le préteur urbain siège sur sa chaise curule : pour eux seulement, qu'il inscrit tous les ans son édit dans l'*album* : c'est pour eux seuls que sont réservés les privilèges, qui accompagnent partout le citoyen romain.

L'infériorité des étrangers ne se manifestait pas uniquement en ce qui concernait les honneurs dont ils étaient exclus, ainsi que cela était démontré par l'interdiction qui leur était faite de porter la toge et de se faire distinguer par des prénoms : la législation romaine, en leur refusant le *jus quiritum* et le *jus civitatis*, leur ôtait non-seulement le droit du cens et de suffrage, ainsi que les honneurs et les droits politiques, mais même le droit de *connubium* et de puissance paternelle, le patronat, le *dominium*, *l'usucapio* et la *factio testamenti* active et passive. [3]

[1] Bacquet, *Dr. d'aubaine*, Ch. III. n. 22.
[2] *Mancipatio locum habet inter cives romanos et latinos colonarios eosque peregrinos quibus commercium datum est*, Ulpi, *Fragm.*, Tit. 19, § 4.
[3] Sigonius, *De antiq. jure civ. romano*.

Dans la loi des Douze tables, les étrangers étaient plusieurs fois qualifiés d'*hostes*, ce qui motivait la surveillance jalouse dont les entourait le gouvernement, et la faculté qui lui était attribuée de les expulser de la cité toutes les fois que la raison d'État ou la disette des vivres le lui conseillait, ainsi que cela eut lieu notamment sur la proposition de Junius Pennus et de Papius Celsus. C'est contre cet usage que s'élevait Cicéron, en le déclarant inhumain : *non vero urbis prohibere peregrinos sane inhumanum est?*[1]

Pour obtenir justice, les étrangers n'avaient pas le droit de se présenter devant le magistrat qui la rendait aux citoyens romains. Ceux d'entre eux qui jouissaient du *jus connubii* et du *jus commercii* étaient jugés d'après les lois romaines : les autres, s'ils appartenaient à une des nations avec lesquelles Rome avait des traités, pouvaient obtenir justice d'un magistrat spécial, nommé *prætor peregrinus, ab eo quod plerumque inter peregrinos jus dicebat.* [2] Les étrangers étaient jugés selon le droit des gens, et comme on admettait que tout peuple pouvait s'approprier la personne et la chose de l'ennemi, qui tombaient dans ses mains, et que l'on considérait comme ennemis tous ceux avec lesquels il n'existait pas de traité ou d'alliance, on admit un droit de *postliminium*, même en temps de paix. *In pace quoque postliminium datum est : nam si cum gente aliqua neque amicitiam, neque hospitium, neque fædus amicitiæ causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt : quod autem ex nostro ad eos pervenit illorum fit : et liber homo noster ab eis captus servus fit et eorum. Idemque est si ab illis ad nos aliquid perveniat. Hoc quoque igitur et in postliminium datum est.* [3].

9. — Bien qu'il résulte de ce que nous venons de dire que la législation romaine était d'une grande sévérité envers les étrangers : bien qu'on lût dans la loi des Douze tables, *Ad-*

[1] Cicero, *De Offici*, lib, III, cap. 2.
[2] Dig., *De orig. juris*, 1, 2, § 28.
[3] L. 5. § 2, Dig., *De captivis, etc.*, 49, 15.

versus hostem æterna auctoritas esto, principe si rigoureusement interprété dans l'antiquité et dont on sait clairement aujourd'hui le sens précis, nous devons cependant constater que peu à peu la rigueur de la loi fut tempérée par la bienveillance du peuple et par l'interprétation de cette même loi. Ainsi, bien que les étrangers n'eussent à Rome la *factio testamenti*, ni active, ni passive, (*deditiorum hœres institui non potest, quia peregrinus est, cum quo testamenti factio non est*, [1] néanmoins, grâce à l'institution du fidéicommis, on arriva à les admettre à la succession et à éluder ainsi la loi. Notons encore, ainsi que l'indique Cicéron, que les étrangers pouvaient se rapprocher beaucoup de la condition de citoyen, en se mettant sous le patronat et la clientèle d'un romain. *Mortuo peregrino, bona, aut tanquam vacantia, in fiscum cogebantur, aut private adquirebantur, si peregrinus ad aliquem veluti patronum adplicuisset, eique clientelam dedisset : tunc enim illo mortuo patronus jure applicationis in istius peregrini bona succedebat.* [2]

Nous pouvons encore considérer comme un tempérament à la rigueur de la loi qui attribuait la propriété des choses des étrangers aux Romains, lorsqu'elles tombaient en leur pouvoir, les lois très humaines édictées relativement aux naufrages, dans le but de réprimer l'avidité des habitants des côtes dans l'intérêt prétendu du fisc. *Si quando naufragio navis expulsa fuerit ad litus, vel si quando aliquam terram attigerit, ad dominos pertineat. Fiscus meus sese interponat. Quod enim jus habet fiscus in aliena calamitate ut de re tam luctuosa compendium sectetur ?* [3]

Dans les temps plus rapprochés, alors que Rome sentit le besoin de se concilier l'affection des peuples vaincus, elle leur accorda quelques-uns des privilèges réservés aux citoyens romains, de sorte que la sévérité envers les étrangers fut mitigée suivant le degré de civilisation des nations sou-

[1] Ulpiani, *Frag.*, XX, § 2.
[2] Cicero, *De orat.*, lib. I.
[3] Codic., l. 1, *De Naufragiis.*

mises. Il importe à ce sujet de remarquer comment les divers droits, qui étaient à l'origine le privilège exclusif des citoyens de Rome, furent, avec une graduation savante et avec une avarice habile, octroyés aux différents peuples. Aux uns on accorda le *jus connubii*, pour d'autres on créa le *jus italicum* et pour d'autres le droit latin ; de sorte que les étrangers furent distingués en italiens, en provinciaux et en latins. Non seulement, la façon d'appliquer le droit aux peuples de l'Italie, à ceux du Latium et à ceux des Provinces différait de celle usitée pour l'appliquer aux citoyens ; mais le droit même de ces peuples différait, suivant leur condition de municipes, de colonies ou de préfectures. La dureté primitive alla graduellement en s'atténuant, de façon qu'on accorda à certaines populations le droit de citoyens sans restriction, et que l'on arriva enfin à la Constitution de Caracalla, qui conféra ce droit à tous les habitants de l'empire : [1] *In orbe romano qui sunt cives sunt Romani.*

Il est vrai que la cause déterminante de l'ordonnance de Caracalla atténua beaucoup l'admiration qu'on put ressentir à première vue pour cette disposition libérale. Caracalla, en effet, ne la rendit que pour accroître le produit de l'impôt sur les successions, et elle ne doit être regardée que comme une mesure purement fiscale. A la suite de la promulgation de cette Constitution, sur la valeur de laquelle on a tant discuté, disparurent les *Latins*, les *coloniaires* et les *pérégrins*, qui étaient dans la condition de devenir citoyens romains à l'époque de la promulgation de la constitution ; mais il y eut encore des *Latins juniens*, et l'on considéra comme pérégrins les individus qui subirent une *capitis diminutio* et ceux qui, à la suite de conquêtes nouvelles, furent annexés à l'empire. Cela prouve que Caracalla pourvut au présent et non à l'avenir, et ne détermina pas la condition des habitants des nouvelles provinces, qui pouvaient être annexées à l'empire. Justinien fit disparaître toutes les distinctions, en

[1] Dig. *De stat. homin.*, 1, 17.

déclarant citoyens tous les hommes libres habitant l'empire, et après lui la *civitas* ne fut plus qu'un des éléments du *status*.[1]

De tout ce qui précède, il résulte que, quelque rigoureuse qu'ait été la législation romaine envers les étrangers, durant le premier quart du Ve siècle de notre ère elle devint bien plus douce, et qu'au moment de la première formation des États modernes, la distinction entre les citoyens et les étrangers avait si peu d'importance dans le droit romain, que l'on ne peut en aucune façon soutenir que les droits exorbitants qui s'établirent à l'encontre des étrangers au moment de l'invasion des barbares tirèrent leur origine du droit romain.

10. — Au moyen-âge, époque d'insigne barbarie et de violences injustes, la condition des étrangers fut fort triste. Dans certains lieux, ils devenaient les esclaves du seigneur, sur la terre duquel ils venaient s'établir. Dans d'autres lieux, il existait à leur encontre un droit de vie et de mort. Généralement, on ne leur accordait l'accès du territoire qu'à des conditions onéreuses, et on les assujettissait à payer de lourdes taxes, qui rendaient leur séjour pénible.[2] Nous ne nous arrêterons pas à énumérer tous les actes exorbitants pratiqués à leur encontre ; mais nous nous contenterons de nous occuper d'une d'entre ces pratiques, le prétendu droit d'aubaine, parce qu'il révèle toute la barbarie de la législation du moyen-âge relative aux étrangers.

Les étrangers étant considérés comme hors du droit commun, on leur refusait la faculté de faire un testament. Dès lors, quand ils mouraient en pays étranger, leurs biens étaient déclarés vacants et dévolus, soit au seigneur de la terre, soit au fisc, à l'exclusion même des héritiers du sang. Il ne manqua pas de pays où prévalut la coutume inhospitalière, d'après laquelle les hôtes s'attribuaient les biens des étrangers morts chez eux, *jure hospitii*. Cet usage barbare de consi-

[1] Demangeat, *Dr. rom.*, p. 165.

[2] Demangeat, *Condition des étrangers*, Ch. I, no 6 ; *Loi Salique*, tit. 48, *De migrantibus*, § 1.

dérer les étrangers comme incapables de succéder se trouve consacré dans les lois et les capitulations des barbares, et l'opinion la plus probable est celle des auteurs, qui prétendent que les barbares l'apportèrent avec eux, lorsqu'ils s'établirent dans l'empire romain.[1] D'après les lois de ces peuples, les guerriers, qui avaient le droit de porter les armes, pouvaient seuls devenir propriétaires.

11. — C'est à partir du XI[e] siècle, que nous voyons désigné sous la dénomination d'aubaine le droit de s'attribuer la fortune des étrangers, droit qui durant l'époque féodale fut exercé par les seigneurs des fiefs, qui s'appropriaient les biens des étrangers morts sur leur territoire. Lorsque plus tard la monarchie soumit les seigneurs et s'arrogea leurs droits, l'aubaine fut considérée comme une prérogative de la couronne, et fut exercée comme un véritable droit régalien jusqu'à l'époque de la Révolution française et des nouveaux codes.

Les auteurs ne sont pas d'accord sur l'étymologie du mot *aubain*, qui servait à désigner les étrangers. Sapey prétend qu'il tire son origine d'un *album*, sur lequel ils étaient inscrits.[2] D'autres soutiennent, que ce nom d'aubain, qui était propre aux Ecossais, fut étendu à tous les étrangers[3]; d'autres sont d'avis, qu'il dérive de l'expression latine *alibi nati*.[4] D'autres enfin donnent d'autres explications. Quoiqu'il en soit, la formule *droit d'aubaine* servit à désigner tous les droits rigoureux, qui pesaient sur les étrangers et qui étaient considérés comme des droits régaliens dans la majeure partie de l'Europe.

Nous devons faire remarquer que c'est à tort, que certains auteurs font dériver ce droit des Grecs et des Romains. Telle est notamment l'opinion de Bodin dans son *Traité de la*

[1] Lois des Angles, tit. 6, § 5 ; Lois des Lombards, liv. III, tit. 15.
[2] *Les étrangers en France*, p. 52 et suiv.
[3] Dragoumis, *De la condit. de l'étranger*, p. 6.
[4] Demangeat, cit., p. 66 et suiv.

République. Contre cette opinion, on peut invoquer le témoignage d'Ulpien, qui dit qu'en certains cas il était permis aux étrangers de tester d'après les lois de leur patrie, celui de Théophile, qui considère comme une des raisons, pour lesquelles on doit admettre le fidéicommis, la nécessité de tempérer la rigueur des lois relatives aux étrangers, et l'acte d'Adrien qui condamne comme tyrannique l'usage adopté par son prédécesseur de confisquer les meubles et les autres objets des marchands étrangers. Ces témoignages suffisent pour prouver, que l'origine du droit d'aubaine ne doit pas être recherchée dans le Droit Romain. Ceux qui désirent connaître cette question dans ses détails, pourront lire les ouvrages de Bacquet, de Denizart, de Gaschon et de Demangeat.

12. — Un des pays où le droit d'aubaine était appliqué dans toute sa rigueur était la France, où les étrangers étaient obligés de payer chèrement la faculté de résider. On y imagina différents genres de taxes, qui leur étaient rigoureusement appliquées. Nous ne nous arrêterons pas à en faire l'historique, nous noterons seulement que l'étranger ne pouvait obtenir justice sans fournir caution de payer les frais du procès : il ne pouvait contracter mariage sans payer une taxe qualifiée de droit de *formariage*. En outre, tous les chefs de famille, tant mariés que veufs, étaient tenus de payer une taxe annuelle, *droit de chevage*, et lorsque les besoins de l'État l'exigeaient, les étrangers étaient soumis à des impôts extraordinaires et très lourds. Ainsi, par un édit de septembre 1587, Henri III ordonna que tous les marchands étrangers, sans excepter ceux qui étaient naturalisés, seraient tenus de se faire délivrer une carte de séjour, pour l'obtention de laquelle ils devaient verser une certaine somme. Par une déclaration du 29 janvier 1639, Louis XIII soumit les étrangers résidant dans le Royaume et y possédant des biens à une nouvelle taxe, et Louis XIV, par des édits successifs, imposa aux étrangers naturalisés l'obligation de faire con-

firmer leurs lettres de naturalisation en payant un nouveau droit.

Parfois ces mesures rigoureuses furent mitigées, mais seulement en faveur des marchands. Nous trouvons en effet, que, dans le but d'attirer surtout les Italiens, qui faisaient le commerce d'objets de luxe, Philippe VI disposa en 1349, que toutes les compagnies de marchands et spécialement les Florentins, les Milanais, les Lucquois, les Génois, les Vénitiens et les Allemands, qui voulaient faire le commerce et jouir des privilèges du marché, demeureraient eux et leurs commis dans les marchés, sans avoir cependant aucune résidence fixe dans aucune partie du royaume, qu'ils viendraient librement, demeureraient et retourneraient avec leurs marchandises et leurs conducteurs, sans être pris ni arrêtés par la force armée. Peu de temps après, Charles VII accorda à la ville de Lyon trois foires franches, et dans l'acte de concession, déclara que tous les marchands qui fréquenteraient ces foires, jouiraient durant leur voyage, leur séjour et leur retour, de l'exemption du droit d'aubaine. Louis XI, par lettre patente du mois de mars 1462, ajouta une quatrième foire, et dans l'article 9, déclara qu'il était permis aux étrangers de tester et de disposer de leurs biens à leur bon plaisir ; que le testament fait durant la foire, ou immédiatement avant ou après, serait valable et produirait effet comme dans le pays du testateur ; que si l'étranger venait à décéder durant la foire sans avoir fait de testament, les véritables héritiers pourraient succéder, selon les usages, les coutumes et les statuts de leur patrie, comme si la succession s'ouvrait dans leur pays. Ces dispositions furent ensuite confirmées par Charles IX, par lettres patentes du 7 août 1579. [1]

13. — En Angleterre, nous trouvons en usage les mêmes mesures de rigueur à l'encontre des étrangers, égale-

[1] Bacquet, *Dr. d'aubaine*, Ch. XIV ; Boerius, *Décis.*, 13 ; Demangeat, *De la condition des étrangers en France*, n° 44.

ment tempérées ensuite en faveur des marchands, pour sauvegarder les intérêts du commerce. En effet, aucun étranger ne pouvait devenir propriétaire de terres, et s'il acquérait des immeubles dans le royaume, ils étaient dévolus au roi à titre d'aubaine. Le premier acte du Parlement anglais en ce sens remonte au règne d'Edouard II. Cet acte soumet toutes les terres des Normands au droit d'aubaine et déclare étranger tout individu né sous une souveraineté étrangère. Le statut deuxième de la dix-septième année de ce roi, ch. XII, dispose que, « le roi prendra à titre d'aubaine les terres des « Normands, quel que soit le fief auquel elles appartiennent, « sauf toutefois les droits appartenant aux seigneurs qui « ont la domination sur ces fiefs. »

Egalement en Angleterre, nous voyons imposer de très nombreuses restrictions aux droits des étrangers. Aux termes du statut 9 de la première année du roi Richard III, il fut établi que les commerçants étrangers devraient vendre leurs marchandises en gros, et seulement durant huit mois à compter de leur arrivée dans le royaume, et en employer le prix à l'achat de marchandises anglaises : qu'aucun étranger ne pourrait vendre ni acheter de laine dans le royaume, ni fabriquer de tissus de laine : qu'aucun ne pourrait être artisan ou domestique. Les contrevenants à ces dispositions étaient punis de peines rigoureuses. Le statut 13 de la vingt-deuxième année de Henri VIII interdit aux étrangers d'exercer un métier ou une profession quelconque; et Charles II défendit de les employer comme facteurs dans les colonies soumises à S. M.

Toutefois, comme le commerce et l'intérêt mercantile ont toujours été le but de la nation anglaise dans sa politique, dans ses institutions, dans ses relations internationales, il était nécessaire que sa législation portât constamment l'empreinte de ces tendances. Pour favoriser l'intérêt du commerce et les transactions, on accorda, suivant les nécessités, certaines faveurs aux marchands étrangers. Nous trouvons dès l'époque de Jean sans Terre (1215) certaines dispositions

dans l'intérêt des marchands (art. 50). Nous en constatons d'autres très nombreuses dans les temps qui ont suivi. Sans les énumérer, nous dirons seulement que sous Georges II, dans la vingt-deuxième année de son règne, pour encourager la pêche de la baleine, on promulgua un statut, qui accordait la qualité de citoyen anglais à tout étranger qui aurait servi trois ans sur un bâtiment anglais se livrant à la pêche. Dans une autre circonstance, la qualité de citoyen anglais fut conférée dans un intérêt politique. Ainsi, dans la treizième année du règne du même Georges II, pour favoriser l'émigration des protestants, qui persécutés en Europe, se réfugiaient dans les colonies anglaises, il fut édicté un statut qui conférait la qualité de citoyen anglais à tout étranger qui serait demeuré pendant sept ans dans ces colonies. De même, sous Georges III, pour favoriser la Société des Indes, qui avait besoin de contracter un emprunt, on accorda aux étrangers le droit d'hypothèque sur les fonds libres ou emphythéotiques existant dans les Indes.

Tout cela révèle l'esprit particulier de la législation anglaise et démontre jusqu'à l'évidence, que les institutions anglaises ont une connexité étroite avec le commerce. C'est pour cela, qu'outre les dispositions rigoureuses à l'encontre des étrangers, dispositions inspirées par l'esprit mercantile, nous voyons durant la troisième année du règne de Georges I, prohiber, par le statut 27, aux Anglais de porter leur industrie et d'établir leurs manufactures en pays étranger, sous peine de perdre la qualité de citoyens et de devenir incapables de succéder ou de recevoir aucun legs en Angleterre, s'ils n'y revenaient pas dans les six mois de l'avis qui leur serait donné par le consul ou le ministre anglais.

14. — Les premières tentatives pour tempérer les dispositions rigoureuses à l'encontre des étrangers eurent lieu de la part de l'Église. Elle ne pouvait pas, en effet, concilier les droits inhumains d'aubaine et de naufrage avec les préceptes d'une religion ennemie de toute inégalité entre

les hommes. Aussi, dans les lieux où le Droit Canon avait quelque autorité, les rigueurs à l'encontre des étrangers furent allégées. D'autres tempéraments furent apportés par la civilisation et le besoin réciproque d'étendre les relations avec les États étrangers. C'est ainsi que furent conclues les conventions diplomatiques basées sur le système de la réciprocité, à l'aide desquelles les gouvernements cherchèrent à assurer à leurs sujets résidant à l'étranger certains avantages, en en accordant de semblables aux sujets d'un autre État résidant sur leur propre territoire.

Plusieurs traités furent conclus dans le but d'abolir le droit d'aubaine; mais la diplomatie aurait abouti trop lentement à une réforme radicale de la législation interne des divers États, si la Révolution de 1789, qui modifia complètement les bases de toutes les questions sociales et politiques, n'était pas survenue.

La Révolution française, qui eut pour but la revendication des droits de l'homme, avec les réformes radicales, qu'elle opéra dans tous les ordres sociaux, et les idées philanthropiques, à l'aide desquelles elle renouvela le passé, n'aurait pas pu conserver les barrières qui tenaient les peuples divisés. L'Assemblée Constituante proclama, en effet, que le droit d'aubaine était contraire aux principes de fraternité, qui doivent unir tous les hommes, quel que soit leur pays et quel que soit leur gouvernement, que ce droit admis dans des temps barbares, devait être proscrit par un peuple qui avait fondé sa constitution sur le respect des droits de l'homme et du citoyen, et que la France libre devait ouvrir ses portes à tous les peuples, en les invitant à venir jouir sous un gouvernement libre des droits sacrés et inviolables de l'humanité.[1] Le 6 août 1790, l'Assemblée Constituante, formulant ces principes législatifs, décréta l'abolition du droit d'aubaine, et par le décret postérieur du 8 avril 1791, elle admit les étrangers, même non résidant en

[1] Massé, *Droit commercial*, Liv. 2, tit. 2, Ch. I, Section 1, § 1; cet auteur cite les *motifs du décret du* 6 *août* 1790.

France, à recueillir la succession d'un Français. Nous trouvons d'autres dispositions généreuses à l'égard des étrangers dans la loi du 9 mars 1793.

15. — Quand au régime républicain succéda, sous le nom de Consulat, un régime monarchique, les idées sagement libérales de la Constituante à l'égard des étrangers furent abandonnées. Lors de la rédaction du Code civil, il y avait deux systèmes en présence. On pouvait, soit admettre les étrangers à la jouissance complète des droits civils sans réciprocité, ce qui aurait été conforme aux principes de l'équité naturelle ; soit consacrer le système de la réciprocité, par lequel on leur accordait certains avantages sur les bases des relations diplomatiques existant avec la nation à laquelle ils appartenaient. C'est ce dernier système qui triompha, et l'art. 11 du Code civil établit, que les étrangers jouiraient en France des mêmes droits civils, qui étaient ou seraient accordés aux Français par les traités conclus avec la nation à laquelle ils appartenaient.

Cet article 11, avec la forme indéterminée de sa rédaction, peut ouvrir un large champ à l'arbitraire. Peut-être cette rédaction fut-elle préférée, pour donner au premier consul un grand pouvoir à l'égard des Puissances étrangères ; mais elle est inconciliable avec les progrès de la législation dans les temps modernes. C'est un principe d'une autre époque que de faire dépendre des traités l'exercice des droits civils des étrangers ; c'est rendre tout droit quelconque incertain, en subordonnant à des considérations politiques extérieures, aux alliances et aux amitiés des souverains la condition civile d'une classe nombreuse de personnes, qui pourraient être privées de l'exercice de leurs droits, si une circonstance quelconque venait rompre ces alliances et ces amitiés. Nous savons bien que tel n'est pas l'esprit de la loi, et que le législateur français ne pourrait pas appliquer l'article 11 contrairement aux principes de la civilisation moderne ; mais il est incontestable que la rédaction de ce texte

est antilibérale, surtout eu égard à l'acception des mots *par les traités* et à l'indétermination des mots *droits civils*, par lesquels on peut entendre toutes les facultés reconnues et mentionnées par la loi civile.[1]

Nous ne voulons pas nous étendre à commenter l'art. 11. Nous dirons seulement, que l'interprétation qui en est donnée par les jurisconsultes, et la manière dont il a été appliqué ont écarté les inconvénients résultant de la façon dont il est rédigé. En effet, en l'interprétant d'une façon bienveillante, on est arrivé à conclure que le droit de la propriété immobilière et les droits secondaires qui en dérivent, le droit d'ester personnellement en justice, le droit de contracter mariage même avec une Française, ainsi que d'autres droits civils, appartiennent aux étrangers indépendamment de tout traité. De cette façon, en appliquant uniquement l'article 11 à certains droits expressément refusés par la loi française à l'étranger pour cause de réciprocité, tels que le droit de se porter demandeur en justice sans fournir la caution *judicatum solvi*, le droit de succéder *ab intestat* et de recevoir par testament ou par donation, l'exclusion du bénéfice de la cession judiciaire, la soumission de plein droit à la contrainte par corps,[2] on en est arrivé à conclure que l'étranger jouit en France de tous les droits civils qui sont accordés aux citoyens, à l'exception des seuls droits qui leur sont expressément refusés par des dispositions spéciales de la loi.

. Notons finalement, que les dispositions relatives au droit de succéder, contenues dans les art. 726 et 912 du Code civil français, ont été modifiées par la loi du 14 juillet 1819. L'article 726 applique textuellement l'incapacité générale de l'article 11 au droit de recueillir une hérédité en France, et l'article 912 établit, que l'on ne peut en aucune façon dispo-

[1] Locré, T. II, p. 113; — Demangeat, *Condition des étrangers*, n. 56.

[2] Les lois du 10 septembre 1807 et du 17 avril 1832 sur la contrainte par corps, suspendues par le décret des 9 et 12 mars 1848, rétablies par la loi du 13 décembre 1848, ont été abrogées par la loi du 22 juillet 1867.

ser en faveur d'un étranger, que dans le cas où celui-ci peut disposer en faveur d'un Français. Ces deux articles reproduisent sous une autre forme le droit d'aubaine, qu'on avait voulu proscrire; et bien que, comme le remarque Zachariæ,[1] il y ait une grande différence entre le droit d'aubaine et celui déterminé par ces deux articles, il est néanmoins incontestable, qu'ils tirent leur origine de la doctrine du moyen-âge. La loi de 1819 corrigea cette anomalie, en déclarant que les étrangers pouvaient succéder, recevoir et disposer dans toute la France de la même façon que les Français, sans condition de réciprocité, sauf le cas de division de la même hérédité entre cohéritiers français et étrangers, cas auquel les cohéritiers français pourraient prélever sur les biens existant en France une portion égale à la valeur des biens existant en pays étranger, dont ils seraient exclus à un titre quelconque en vertu des lois ou des coutumes locales.

Il faut encore noter qu'en France on a ensuite accordé, par des lois spéciales, différents droits aux étrangers. Nous citerons entre autres: le décret du 16 janvier 1808, qui leur confére le droit d'acquérir les actions de la Banque de France (art. 3); la loi du 21 avril 1810, qui leur permet d'obtenir une concession de mines; le décret du 5 février 1810, qui leur accorde le droit de propriété littéraire et d'invention, s'ils ont obtenu un brevet; le décret du 28 mars 1852, qui punit comme délictueuse la falsification des œuvres étrangères en France; la loi du 28 mars 1853, qui autorise les étrangers à verser leurs fonds à la caisse d'épargne; la loi du 5 juillet 1844, qui leur accorde le droit d'obtenir des brevets d'invention en France; la loi du 23 juin 1857, qui assure aux marques de fabrique étrangères la même protection qu'aux marques françaises, etc...

D'autres droits ont été aussi reconnus par les tribunaux aux étrangers. Disons notamment, que les Cours d'appel et

[1] *Dr. civ. français*, T. I, § 60.

la Cour de Cassation françaises ont décidé que l'étranger établi en France, bien que non naturalisé, ni autorisé par le gouvernement à y établir son domicile, peut jouir du droit de pacage et d'affouage dans la commune où il a son domicile de fait et où il est propriétaire des terres qu'il cultive.[1]

A la suite de ces concessions et de larges interprétations de la loi, on peut dire que la différence de la condition juridique des étrangers et des Français, en ce qui concerne la jouissance des droits civils, n'est pas très grande.

16. — Relativement à la condition des étrangers en Angleterre dans les temps modernes, nous devons dire, que la partie de la législation qui les concerne a été mise en ordre et en harmonie seulement durant le règne de la reine Victoria. Quelques tentatives furent faites sous Georges II, mais sans succès. C'est seulement en 1843, que M. Hutt présenta à la Chambre des Communes un *bill* pour modifier la condition des étrangers et réformer la législation qui les concernait. La Chambre des Communes jugea ces propositions trop libérales et le *bill* fut rejeté : elle exprima toutefois le désir de revoir cette partie de législation et d'alléger les conditions imposées pour la naturalisation. A la suite de ce vœu, on nomma, sur la proposition du même M. Hutt, une commission pour étudier cette matière. La Commission fit son rapport et déposa son projet le 2 juin 1843, et après une longue discussion, la condition des étrangers fut déterminée par le statut 7 et 8 de la Reine Victoria, promulgué le 6 août 1844 (art. 7 et 8).

Ce statut modifia beaucoup de dispositions et en abrogea d'autres, détermina les conditions requises pour obtenir la naturalisation ; mais exclut beaucoup de propositions de la commission, entre autres celle de rendre les étrangers capables de posséder des biens immobiliers en Angleterre, ca-

[1] Besançon, 25 juin 1860 et Cass. 31 déc. 1862 (Comm. de Brevillers). Dalloz, 60, 2, 151 ; Dalloz, 63, 1, 5 ; Metz, 25 nov. 1863 (Dave), Dalloz, 65, 2, 224.

pacité que la politique ombrageuse et non motivée du Parlement ne voulut pas accorder. [1]

Nous ne dirons pas d'une façon détaillée comment le législateur anglais a réglé les droits des étrangers. Nous noterons seulement, que leur condition juridique a été légalement déterminée en 1844 durant le règne de la reine Victoria, et notablement améliorée par le statut 11e, ch. 20 Vict., et par la loi plus récente de 1870, st. 33 et 34 Vict., ch. 14 (*Naturalization act*).

Cette dernière loi a accordé aux étrangers la capacité d'acquérir des propriétés foncières dans le Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et leur a refusé la seule faculté de devenir propriétaires de navires anglais. Quant aux colonies, elle a laissé aux législatures locales le soin de régler les droits des étrangers relativement à l'acquisition des immeubles. Toutefois, les étrangers qui deviennent propriétaires fonciers en Angleterre n'acquièrent le droit de suffrage, ni pour les élections politiques, ni pour les élections administratives, et ne peuvent remplir aucune fonction publique. S'ils sont domiciliés en Angleterre depuis dix ans, ils peuvent être jurés, et s'ils sont traduits devant les tribunaux criminels, ils ne sont pas déférés au *jury de medietatæ linguæ*. [2]

Les moyens d'acquérir la qualité de citoyen anglais et de la recouvrer, quand on l'a perdue, ont été aussi réglés par des principes plus libéraux, ainsi que nous l'exposerons plus loin.

Dans les autres pays, on tend généralement à faire disparaître petit à petit la différence entre les citoyens et les étrangers en matière de droit privé. Les intérêts mêmes, qui ja-

[1] Le Baron, *Le Code des étrangers* ; Westoby, *Résumé de la législation anglaise*.

[2] Aux termes d'un usage admis durant le règne d'Edouard III, et conservé pendant de nombreuses années dans toutes les affaires civiles, commerciales et pénales, qui étaient déférées au jury, les étrangers jouissaient du privilège, que le jury fût composé moitié de compatriotes et moitié d'Anglais, *jury de medietatæ linguæ*. Le statut 6 et 50 de Georges IV abrogea ce privilège pour les affaires civiles et commerciales et le *jury de medietatæ linguæ* fut seulement conservé pour les causes criminelles.

dis conseillaient d'exclure les étrangers de la jouissance de certains droits et de les considérer avec défiance, en faisant aux citoyens une condition juridique privilégiée, dans le but de protéger l'industrie et le commerce nationaux, conseillent aujourd'hui de ne plus faire de l'inégalité une arme de protection. Certains États, notamment l'Autriche [1] et les États allemands [2], font encore dépendre l'égalité de la condition de la réciprocité. D'autres proclament l'égalité comme règle, mais posent quelques exceptions : c'est ce qui a notamment lieu en Hollande, aux termes de l'article 9 de la loi du 15 mai 1829, qui dispose que le droit civil du royaume est le même pour les étrangers que pour les Hollandais, à moins que la loi n'ait expressément déclaré le contraire. [3]

17. — En ce qui concerne la condition actuelle des étrangers en Italie, le Code civil italien, promulgué après la constitution du Royaume d'Italie, a fixé définitivement cette condition, en admettant à leur égard des principes libéraux, qui sont le complément de nos traditions de liberté en cette matière.

Le législateur italien n'a pas seulement assimilé la condition de l'étranger à celle du citoyen pour ce qui se rapporte à la jouissance des droits civils (art. 4), mais il a pris une initiative louable, en entreprenant de codifier les principes d'après lesquels on doit appliquer les lois étrangères, et en établissant certaines règles pour la solution des conflits des législations d'États différents, innovations dont nous apprécierons bien mieux la sagesse dans les chapitres suivants.

En réalité, en Italie on n'a jamais admis les énormités, qui formaient le droit commun des autres États de l'Europe, et spécialement les droits d'aubaine et de naufrage. Dans l'ancien royaume des Deux-Siciles, nous trouvons, dès l'époque de Frédéric de Souabe, deux constitutions, dont sont

[1] Code autrichien, art. 33,
[2] Code prussien, introduct., art. 41 et 43.
[3] Compar. Asser, *Revue de droit internat.*, T. I, p. 113.

tirées les authentiques *Omnes peregrini* et *Navigia,* l'une publiée sous le titre du Code *Communia de successionibus,* l'autre sous celui *De furtis et servo corrupto.* [1] Par la première, l'empereur accordait aux étrangers la pleine faculté de tester et abolissait la succession des hôtes, en confiant aux évêques du lieu le soin de remettre les biens aux héritiers. Par l'autre, il abolissait la coutume universelle de s'emparer des épaves des naufrages. De même, sous Charles V, nous trouvons de généreuses dispositions en faveur des naufragés. [2] Quand, dans la plus grande partie de l'Europe, on considérait comme un véritable droit régalien, celui de s'approprier les biens des étrangers, chez nous le droit d'aubaine s'appliquait seulement aux citoyens des États qui le pratiquaient à l'encontre de nos nationaux. C'est ce qui se pratiquait dans l'ancien Royaume des Deux-Siciles, où avant la promulgation du Code civil, qui établit comme règle la réciprocité (art. 9), l'aubaine était abolie en vertu de traités conclus avec beaucoup d'États.

Dans la collection des pragmatiques, sous le titre de *fœdera,* se trouvent en effet beaucoup de traités conclus pour reconnaître la capacité réciproque de succéder entre les nationaux respectifs. Tels sont notamment ceux avec la Suède, la Hollande, le Danemark, la Porte Ottomane, la Russie et celui entre Louis XV et Charles III d'Espagne en 1762.

Nous ne saurions nier que les étrangers, auxquels était accordé le droit de succéder et de posséder des biens, ne fussent néanmoins soumis à certaines dispositions onéreuses. Telle était, par exemple, *la gabella hæreditaria,* qui consistait dans un droit de détraction, auquel étaient assujettis les étrangers admis à succéder dans le royaume des Deux-Siciles, ou qui y acquéraient des biens à un titre quelconque. Ce droit fut aboli par voie de réciprocité, en ce qui concernait les sujets autrichiens, par une convention conclue

[1] Cod., Lib. IV, tit. 59, tit. 2.
[2] Rocco, *Diritto civile internazionale,* 1re partie, ch. 4.

à Vienne le 19 avril 1844, et en ce qui concernait les sujets de beaucoup d'autres États, par des traités postérieurs. De plus, les étrangers, possesseurs de biens dans le royaume, qui étaient domiciliés à l'étranger, étaient astreints à une contribution fiscale extraordinaire, dite droit de valeur *(valimento)*, et de crainte qu'ils ne trompassent le fisc par des ventes simulées de leurs propriétés à des nationaux, il ne leur était pas permis de les vendre à des citoyens demeurant dans le royaume, avant d'avoir obtenu le consentement du roi. Cette mesure, qui fut prise en 1714 pour la Sicile par Victor Amédée, fut ensuite étendue aux provinces napolitaines. Bien plus, en 1745, il fut établi que l'aliénation effective et réelle au profit des nationaux n'avait pas pour effet de faire disparaître les charges auxquelles étaient soumis les biens des étrangers, et que cela ne pouvait résulter que d'une grâce souveraine, ou d'une transaction avec le fisc.

Lorsque, dans le royaume des Deux-Siciles, on substitua aux constitutions, aux capitulations, aux pragmatiques, aux coutumes générales et locales, le Code du 26 mars 1819, le législateur consacra le système de la stricte réciprocité. On lit en effet dans l'article 9 de ce Code :

« L'exercice des droits civils appartenant aux nationaux des royaumes des Deux-Siciles, aussi bien que celui des droits politiques, l'exercice des seuls droits civils appartient :

1° Aux étrangers, pour les droits que la nation à laquelle ils appartiennent accorde aux nationaux, sauf les exceptions qui pourraient être fixées par des transactions diplomatiques ;

2° Aux étrangers admis par le gouvernement à établir leur domicile dans le royaume, pour le temps où ils continueront à y résider. »

De même, dans l'art. 617, on lit : « Un étranger est ad-« mis à succéder dans les biens que l'étranger ou le natio-« nal possédait sur le territoire du royaume, en conformité « de l'article 9, n° 2. »

Il résulte de ces articles, que les étrangers autorisés à établir leur domicile dans le royaume de Naples étaient considérés juridiquement comme capables d'y jouir de tous les droits civils et par conséquent d'y tester, d'y succéder, d'y ester en justice, d'y contracter, d'y aliéner, etc. Cette faculté était aussi accordée aux étrangers non domiciliés dans le royaume, mais seulement à titre de réciprocité.

18. — Dans les autres législations en vigueur au sein des autres États italiens, le système de la réciprocité dominait pour la jouissance des droits civils accordés aux étrangers, et notamment pour les successions. Nous nous bornerons donc à mentionner certaines dispositions particulières, qui ne se rencontraient pas dans le Code des Deux-Siciles. Les articles 26 et 27 du Code Charles Albert en vigueur dans le royaume de Sardaigne étaient, quant à l'esprit, conformes aux articles 9 et 647 du Code des Deux-Siciles; mais l'article 28 renfermait une disposition toute spéciale. Il était, en effet, ainsi conçu : « Les étrangers ne pourront acquérir, ni « prendre en gage, ni à loyer, ni à titre de colonat des « biens immeubles dans le territoire de l'État, lesquels « sont situés à une distance moindre de cinq kilomètres « des frontières, à peine de nullité du contrat. Ne pourront « semblablement pas les biens qui se trouvent dans une « telle condition être adjugés à aucun étranger en paie- « ment de ses droits, mais ils devront toujours être vendus « judiciairement, et l'étranger sera payé sur le prix. Le « tout sans préjudice des prohibitions plus étendues établies « par les traités pour quelques-uns des États étrangers. »

L'article 702 du même Code disposait ensuite de la façon qui suit : « L'étranger qui possède des biens dans l'État « peut en disposer par testament même en faveur d'un « étranger, aux termes de l'article 26 (*qui consacrait le sys- « tème de la réciprocité*). Mais dans le cas où il ne pour- « rait pas en disposer aux termes de cet article, il pourra « néanmoins en disposer au profit d'un sujet. »

Dans le Code des États de Parme et de Plaisance, se trouvait un article 1402 ainsi conçu : « Ne peuvent être « acheteurs, pas même dans une vente judiciaire, sous « peine de nullité du contrat, ni directement ni indirecte- « ment, ni par personne interposée, les étrangers par rap- « port aux biens immeubles, quand la faculté ne leur en est « pas assurée par les traités et par les déclarations, ou « quand ils n'en ont pas obtenu antérieurement la permis- « sion. » De même, l'article 619, paragraphe 5, du même Code disposait ainsi : « L'étranger qui aura fait des acqui- « sitions de biens fonds dans ces duchés, quand il ne pour- « rait pas se prévaloir des dispositions de l'article 32 (*qui « consacrait le système de la réciprocité)*, pourra dispo- « ser même par testament, pourvu qu'il dispose en faveur « d'un citoyen de ces États. »

Dans la législation toscane, nous constatons qu'on favo- rise la condition des étrangers seulement pour les faire venir dans certains centres commerciaux. A ce point de vue, les lois édictées par Ferdinand I[er], pour attirer les étrangers dans le port de Livourne, sont célèbres (*Loi du* 10 *juin* 1593). Mais relativement à la capacité des étrangers d'acquérir des immeubles et de recevoir par testament, ou par succession légitime des nationaux, le système qui prévalut fut celui de la réciprocité, consacré par le *motu proprio* de 1784 et par la loi du 18 août 1814. L'article 30 de cette dernière loi est ainsi conçu : « Tous les étrangers appartenant à un pays où « les sujets des États de Toscane ne sont pas exclus des suc- « cessions, sont habilités à succéder dans les États de Tos- « cane, de la même manière dont succèdent les sujets eux- « mêmes. » Plus tard, la capacité des étrangers de succéder et d'acquérir en Toscane fut notablement modifiée par le *motu proprio* du 11 décembre 1835, qui abolit presque com- plètement le système de la réciprocité, en reconnaissant que l'exclusion des étrangers des successions par droit de rétor- sion était contraire aux vrais intérêts de l'État.

L'article 1[er] du *motu proprio* de 1835 est ainsi conçu :

« Les étrangers, à quelque nation qu'ils appartiennent, se-
« ront admis dans l'avenir à succéder dans toute l'étendue
« du territoire de nos États dans les hérédités testamentai-
« res et *ab intestat*, et à acquérir à titre quelconque, même
« lucratif, à l'égal de nos sujets, de la même façon et aux
« mêmes effets, *sans qu'on puisse opposer à aucun d'entre
« eux l'existence de lois qui rendent les Toscans incapables
« de succéder et d'acquérir dans l'État auquel ils appartien-
« nent.* »

Le principe libéral de l'article 1 était ensuite modifié dans le seul cas de concurrence de cohéritiers toscans et étrangers. En effet, l'article 2 était ainsi conçu : « Dans le cas de « partage d'une succession déférée par actes de dernière « volonté ou par disposition de la loi à des héritiers tos- « cans et étrangers et composée de biens situés partie en « Toscane et partie à l'étranger, les héritiers toscans pour- « ront prélever sur les biens situés dans le grand-duché une « portion égale aux biens situés en pays étranger, et dont « ils sont exclus par les lois ou les statuts de ce pays, et « cette disposition s'appliquera aussi aux héritiers à titre « particulier et aux légataires. »

Dans le duché de Lucques, l'article 53 du décret du 22 décembre 1818 relatif aux successions était ainsi rédigé : « Les « étrangers appartenant à un État, où les sujets de l'État de « Lucques ne sont pas exclus par la succession, sont admis « à succéder dans l'État de Lucques de la même manière « dont succèdent les sujets lucquois. »

Notons, en outre, que le Règlement législatif sanctionné par Grégoire XVI et en vigueur dans l'État pontifical depuis le 1er janvier 1835, tit. II, art. 8, disposait de la façon que voici : « Les étrangers sont capables de succéder à l'hé- « rédité testamentaire et *ab intestat* et d'acquérir dans l'É- « tat pontifical, de la façon dont aux termes des lois en vi- « gueur dans les pays étrangers, les sujets pontificaux sont « capables de succéder et d'acquérir, sauf les conventions « politiques et les traités. »

Finalement, dans l'article 9 du titre préliminaire du Code civil du canton du Tessin, on lit : « Les lois favorisent et « obligent même l'étranger en tant qu'il séjourne, contracte, « possède ou peut acquérir dans le canton. Toutefois, pour « jouir du bénéfice de la loi, l'étranger devra prouver que « les Tessinois sont admis à jouir de droits égaux dans l'État « auquel il appartient. L'étranger est toujours exclu des « droits dont l'exercice requiert essentiellement la qualité « de citoyen tessinois. »

Quelles qu'aient été les restrictions limitées imposées aux étrangers par les législations qui étaient en vigueur dans les diverses régions italiennes avant l'unification, il est un fait reconnu par tous, que le code italien a fourni un noble exemple de justice, en assimilant les étrangers aux citoyens pour l'exercice des droits civils. Comme cette assimilation complète ne s'y trouve subordonnée à aucune condition de réciprocité, on peut dire avec raison qu'il a été le premier entre les codes modernes à proclamer, que les droits privés de l'homme sont déterminés et régis par leur loi propre, comme des droits de la personnalité humaine indépendants des relations territoriales.

En cela, notre législateur n'a certainement été précédé par personne, et nous croyons devoir rapporter ce qu'a écrit Pisanelli dans le rapport sur les dispositions du droit international privé formulées dans le nouveau code civil présenté au Parlement italien :

« La législation, disait-il, a parcouru trois étapes. D'a« bord, la personne juridique étant considérée comme une « création de la loi, l'étranger a été exclu de toute partici« pation de droit. L'utilité commune a fait ensuite tempé« rer cette exclusion par le principe de réciprocité ; ce prin« cipe inspirait la législation française.

« Mais, en ces temps, où les étrangers viennent dans les « différents États d'une façon si fréquente, il n'était ni juste « ni utile de chercher dans leurs législations et dans les « traités la mesure de leurs droits.

« La justice et l'utilité invitaient à reconnaître et à proclamer le grand principe, que le droit privé appartient à « l'homme et à admettre indistinctement à sa participation « aussi bien les nationaux que les étrangers. C'est ce qu'a « fait le nouveau code italien (art. 3), et je suis certain que « les dispositions du code sur ce point feront le tour du « monde. »[1]

[1] Ce vœu a été renouvelé par l'Institut de droit international, qui, dans sa session d'Oxford, fut d'avis d'engager tous les Etats civilisés à mettre leur législation en harmonie avec la règle suivante :

« L'étranger, quelle que soit sa nationalité ou sa religion, jouit des « mêmes droits civils que le régnicole, sauf les exceptions établies par la « législation actuelle. »

Disons que dans l'expression *Droits civils* l'Institut de droit international a entendu comprendre tous les droits qui ne sont pas politiques ou qui ne dérivent pas des droits politiques.

[1 *bis*] Nous ne saurions que nous associer pleinement à ce vœu, tout à fait en harmonie avec les intérêts réciproques des différents Etats. En effet, avec les communications rapides et les relations journalières, qui existent à notre époque entre les différentes parties du monde, les citoyens de tous les Etats ont des intérêts dans tous les pays étrangers, et ces intérêts sont gravement compromis par des lois n'assurant pas l'égalité des nationaux et des étrangers relativement à l'exercice et à la jouissance des droits civils. Cependant, le premier devoir d'un Etat, étant la protection de ses nationaux, ne les compromet-il pas, par excès de générosité à l'égard des étrangers, en accordant l'exercice et la jouissance complète de tous les droits civils aux nationaux d'Etats, qui ne traitent pas aussi favorablement ses propres citoyens ? A ce point de vue, la réciprocité nous paraît préférable. — (Note du traducteur, Ch. A.)

CHAPITRE III

CONSIDÉRATIONS HISTORIQUES SUR LE RAPPORT DE SUJÉTION.

19. Origine du rapport de sujétion au Moyen-Age. — 20. De la façon de concevoir la sujétion après Charlemagne. — 21. Du fondement de la sujétion en Angleterre. — 22. Dans les États modernes, la sujétion a été diversement considérée, suivant la prépondérance du droit féodal ou du droit romain.

19. — La sujétion est un des principaux rapports, qui déterminent la subordination de l'individu à l'autorité souveraine et à la loi de son pays. Les systèmes suivis pour déterminer le fondement de ce rapport étant au nombre de deux, il nous semble indispensable d'exposer tout d'abord certaines considérations historiques, pour mettre en lumière la raison d'être de chacun de ces systèmes.

Au moyen-âge, la sujétion dériva de deux éléments, bien distincts dans les deux portions de la population soumises aux Francs et aux autres rois barbares. Les Francs, qui se considéraient en tout comme les héritiers de l'empire romain, imposèrent le serment de fidélité à leurs sujets, et de préférence à ceux qui habitaient les villes, imitant en cela les empereurs romains, qui astreignaient au serment les habitants des provinces. Le serment de fidélité fut une des formes, au moyen desquelles on établit le rapport de sujétion, parce qu'il liait indissolublement le citoyen à son souverain.

L'autre facteur de la sujétion fut le résultat des habitudes traditionnelles des tribus germaniques.[1] Ces tribus étaient

[1] Vestlake, *Conflict of Laws*, Ch. II.

ordinairement guidées par un chef, entouré de guerriers, qui se liaient volontairement à lui par les liens de fidélité et de soumission. Ils étaient, relativement à ce chef, ses compagnons d'armes dévoués, et cette union devenait de plus en plus étroite, quand ils commençaient à recevoir de lui quelques bénéfices, car ils se sentaient tenus de lui être fidèles par reconnaissance. Ces bénéfices consistaient d'abord en présents et en honneurs, tels que le privilège de manger à la table de leur chef, ou d'obtenir de lui des armes, des chevaux ou autres objets du même genre. Plus tard, quand les chefs, à la suite des conquêtes faites sur l'empire romain, devinrent possesseurs de terres, ils les divisèrent entre leurs fidèles, et ceux-ci obtinrent ainsi certains lots de terres, qu'on appela ensuite fiefs.

Plus tard, au milieu des violences et de la confusion générale, il devint toujours plus difficile aux propriétaires allodiaux, c'est-à-dire indépendants, de défendre leurs biens sans se mettre sous la protection d'un seigneur, ce qui fit que le régime féodal s'organisa petit à petit.

« Ainsi, écrit Guizot, se formait peu à peu cette hiérar-
« chie des propriétés et des personnes qui devait devenir la
« féodalité ; ainsi, par la division progressive des bénéfices,
« s'étendait de jour en jour cette série de vassaux et d'ar-
« rière-vassaux liés les uns aux autres par des obligations
« semblables et toujours compris dans cette condition de
« la fidélité qui était le titre même de leur possession.
« Bien que dans leur enchaînement graduel et d'intermé-
« diaire en intermédiaire ces obligations rattachassent au
« trône la plupart des bénéfices, et qu'ainsi le monarque
« eût des droits, directs ou indirects, à la fidélité du plus
« grand nombre des bénéficiers, cependant, dans une so-
« ciété violente et grossière, une relation si lointaine était
« nécessairement bien peu puissante, et l'unité sociale ou
« monarchique qui en devait résulter ne pouvait être réelle.
« Les liens fondés sur des rapports prochains et personnels
« étaient seuls efficaces ; seuls ils correspondaient aux an-

« ciennes habitudes des Barbares ; et de même que le com-
« pagnon ne connaissait guère autrefois que le chef de sa
« bande, de même le vassal ne tenait vraiment qu'à son pro-
« pre seigneur. »[1]

20. — Charlemagne, pour lier plus directement les sujets à son pouvoir, tenta de rompre la hiérarchie féodale, en se mettant en communication directe et sans intermédiaire avec les hommes libres, et en faisant prédominer les relations entre le roi et les citoyens sur le pied de vassaux et de seigneur. Il s'efforça de changer l'institution de la féodalité, et tandis que jusqu'alors elle avait été considérée comme une obligation personnelle de l'homme libre envers son chef, comme la récompense des avantages et de la protection qu'il en obtenait ; à la suite des ordonnances de Charlemagne, elle devint une obligation publique et fut réclamée au nom de la souveraineté sans aucune considération des bénéfices obtenus. La souveraineté commença ainsi à s'affranchir de la hiérarchie féodale et à s'affirmer comme un pouvoir public existant de son plein droit, de façon à modifier l'idée du rapport de sujétion. Toutefois, l'idée de Charlemagne ne put pas se réaliser, parce que les propriétaires inférieurs ne savaient pas concevoir la sujétion envers le souverain en négligeant celle envers le seigneur du fief, avec qui ils se trouvaient en rapport immédiat. Aussi, dans les statuts de Charlemagne, pas plus que dans ceux de St-Louis, on n'indique quelle doit être l'attitude du vassal en cas de conflit entre ses suzerains immédiats.

21. — En Angleterre, l'histoire du rapport de sujétion suivit les mêmes phases. D'après certains auteurs, ce fut le roi Edmond qui le premier exigea le serment de tous les hommes libres ; mais il est certain que dans la collection de ses lois on ne trouve rien à ce sujet, et que les rois anglo-

[1] Guizot, *Essais sur l'histoire de France*, (10e éd., 1860) p. 131.

saxons ne rendirent pas le serment obligatoire. Le souverain qui en réalité astreignit tous les hommes libres possédant des terres à prêter un serment personnel au roi, fut Guillaume le Conquérant. Un document de 1071, rapporté par Guizot, et connu sous la dénomination de *Carta de quibusdam statutis*, nous atteste que Guillaume imposa le serment de fidélité, qui fut effectivement prêté en 1086 par tous les propriétaires de terres dans toutes les contrées de l'Angleterre. De plus, tandis que Charlemagne n'avait pas défini la force comparative du serment prêté envers lui et de celui dû par tout vassal à son seigneur, Guillaume imposa le serment de fidélité envers lui, en indiquant formellement qu'il devait primer tout autre serment prêté à toute autre personne. Cet exemple fut suivi par Frédéric Barberousse, qui à la diète de Roncaglia (1158) établit que dans le serment de fidélité prêté par le vassal à son seigneur on devait aussi formellement indiquer la personne de l'empereur.

Ces courtes considérations historiques sur l'origine du rapport de sujétion nous expliquent la tendance naturelle, qu'on a de considérer ce rapport comme quelque chose de géographique et de territorial. En effet, le titre originaire de la féodalité, dont dériva la sujétion, fut la possession de la terre. De même, dans le serment ensuite prêté au roi, la fidélité fut considérée d'abord comme connexe au sol, et l'obligation personnelle comme limitée à l'étendue du territoire. De cette façon, on qualifia de sujets et de non-sujets les individus, suivant qu'ils étaient nés dans les limites ou hors des limites du territoire de l'État. De là il résulta que les nations qui conservèrent de la façon la plus tenace les traditions féodales, considérèrent les rapports entre souverains et sujets comme limités au territoire, et admirent la maxime, *Leges non valent extra territorium*, maxime dont nous examinerons les conséquences, en exposant les systèmes suivis en cette matière. En Angleterre, par exemple, où les traditions féodales se conservèrent le plus fidèlement, on fit dépendre la sujétion du fait de la naissance à l'intérieur ou à

l'extérieur du territoire, et ce principe fut tellement exagéré, qu'on en vint à soutenir que les enfants nés en Angleterre de parents étrangers pouvaient avoir droit aux privilèges attachés à la qualité de sujets britanniques, et que les enfants nés hors du royaume de parents anglais devaient être considérés comme étrangers. Ces deux maximes furent si rigoureusement appliquées, que l'on posa la question de savoir si le fils du roi né accidentellement hors du royaume pouvait hériter de la couronne. Le doute était logique. Edouard III (stat. 25), après avoir écarté d'une façon absolue ce doute pour l'héritier de la couronne, établit que tous les enfants nés à l'étranger de père et mère anglais devaient jouir du bénéfice de pouvoir accepter l'hérédité en Angleterre, pourvu toutefois que leur mère eût traversé la mer avec la permission de son mari. [1]

22. — Cette tendance à considérer la sujétion comme quelque chose de géographique ne fut pas admise par les nations qui modifièrent les traditions féodales d'après les principes du droit romain. La qualité de citoyen chez le peuple romain était le plus grand privilège, et la sujétion le plus grand honneur, et quand l'étude du droit romain redevint en faveur, on commença à comprendre que la sujétion devait plutôt être considérée comme un bienfait accepté volontairement, que comme un lien nécessairement imposé. Dès lors, on la fit dépendre plus de l'élection volontaire de l'individu que du fait matériel de la naissance. Le droit romain, qui personnifiait pour ainsi dire tous les droits de famille dans la personne du père, établissait que l'enfant devait suivre la condition du père, et qu'on devait le considérer comme citoyen non du lieu où il était né, mais de celui où il aurait dû naître : *Est autem originis locus in quo quis natus est, aut nasci debuit, licet forte alibi natus esset matre in peregrinatium parturiente.* [2]

[1] Vestlake, *Conflict of Laws*, ch. 2.
[2] Voët, *Ad Pand.* V, 1, § 91.

C'est conformément à ce principe, que dans beaucoup de Codes modernes on a admis que la qualité de citoyen est un droit personnel de l'homme, qui dépend principalement de sa libre élection, et qu'on doit l'attribuer aux individus qui ne sont pas à même de manifester leur volonté, en tenant compte des liens du sang et des rapports de famille, parce que la présomption la plus raisonnable est que chacun veut avoir la même patrie que son père. Par conséquent, il a été établi par le législateur français, que l'individu né à l'étranger d'un père français doit être considéré comme français, parce que l'on présume, comme l'a dit Vattel, que tout enfant veut appartenir à la même nation que son père. [1] Du reste, il est si vrai que la loi française a fait dépendre le choix de la nationalité de la libre élection de l'individu, qu'elle a réservé pour l'enfant né à l'étranger la faculté de choisir la nationalité du lieu où il est né, en en faisant la déclaration à sa majorité.

Cette façon différente de considérer la sujétion donna lieu à un autre système pour déterminer les rapports entre souverain et sujet : tandis que le premier système les faisait dépendre du territoire et les limitait à l'étendue de celui-ci, le second, les faisant dériver de la libre volonté de l'individu, les considéra comme permanents jusqu'à déclaration contraire et les fit produire effet même en dehors du territoire.

[1] « .... l'on présume que chaque citoyen en entrant dans la société « réserve à ses enfants le droit d'en être membres ». Vattel, *Dr. des gens*, I, 1, § 212, 215.

CHAPITRE IV

EXAMEN CRITIQUE DES SYSTÈMES DES AUTEURS.

23. Principes rigoureux de la territorialité des lois. — 24. Tempéraments apportés pour l'utilité commune. — 25. Théorie des statuts personnel et réel. — 26. Difficultés nées entre les partisans de cette doctrine. — 27. Examen critique de ce système. — 28. Système de la préférence de la loi présumée acceptée par les parties, et critique de ce système. — 29. Insuffisance des *sententiæ receptæ*. — 30. Doctrine de Fœlix. — 31. Système de Schæffner. — 32. Système de Savigny.

23. — Les auteurs ont proposé différents systèmes pour déterminer les limites de l'autorité de chaque loi.

Le plus ancien est celui qui part de l'idée que tous les États doivent être considérés comme isolés et qui exagère le principe général, d'après lequel chacun d'eux exerce seul et exclusivement son autorité et sa juridiction sur toute l'étendue du territoire. Il est clair, écrit Rodenburg, qu'aucun gouvernement ne peut donner l'autorité à ses lois hors de son territoire : *Constat igitur extra territorium legem dicere licere nemini : idque si fecerit quis impune ei non pareri : quippe ibi cesset statutorum fundamentum, robur et juridictio.* [1] De son coté, de Boullenois dit qu'en droit strict, les lois que fait chaque souverain, n'ont de force et d'autorité que dans l'étendue de ses domaines. [2] Paul Voët enfin s'exprime ainsi : *Nullum statutum sive in rem sive in personam*

[1] Rodenburg, *De jure quod oritur ex statutorum diversitate*, cap. 3, § 1.
[2] De Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, Observati. 10, p. 152. *Principes généraux sur les statuts*, p. 2.

si de ratione juris civilis sermo instituatur, sese extendit ultrà statuentis territorium. [1]

En exagérant ces principes, vrais à un certain point de vue, on en déduit immédiatement que les lois de chaque souverain obligent et régissent de plein droit toutes les propriétés, tant immobilières que mobilières, qui se trouvent sur le territoire national, toutes les personnes qui y habitent, qu'elles soient citoyens natifs, naturalisées ou étrangères et tous les actes consentis ou accomplis dans la circonscription même du territoire. Par conséquent, chaque souverain a le droit d'établir les conditions d'après lesquelles la propriété et la possession des biens meubles et immeubles peuvent s'acquérir et s'exercer, et les conditions dans lesquelles ces biens peuvent être transmis, aliénés ou expropriés. La même loi détermine la capacité juridique des personnes qui se trouvent sur le territoire, la validité des contrats et des actes de toute nature, qui peuvent avoir leur origine dans les limites de ce même territoire, les conditions sous lesquelles peuvent être introduites les actions, et les règles d'administration de la justice. Cette doctrine fut admise par les plus éminents jurisconsultes et notamment par d'Argentré, par Voët, par Burgundius, par de Boullenois et par Story. [2]

24. — Les autres conséquences, que les auteurs, que nous venons de citer, déduisent des mêmes principes généraux sont, qu'aucun souverain ne peut régir directement par ses propres lois les objets existant hors de son territoire, quand même ils appartiendraient à ses sujets, ni exercer sa juridiction sur les citoyens qui demeurent hors de son territoire, ni donner une valeur exterritoriale à ses propres lois, sans porter directement atteinte à l'indépendance et à la souveraineté des autres États. La raison en est donnée dans ces termes par d'Argentré : *Omnis enim potestas extra fines po-*

[1] P. Voet, *De stat.*, cap. 2, § 4.
[2] Story, *Conflict of Laws, general maxims.*

testatis attributæ privata est persona, et finit potestatis finitæ jurisdictio et cognitio. [1]

Ces principes furent le point de départ de toutes les fausses théories qui furent imaginées pour résoudre les conflits des législations. Toutefois, dès le principe, les partisans de cette doctrine en signalèrent les inconvénients. Ils commencèrent par considérer qu'en appliquant les règles qui découlent du droit strict, on arrive à l'incertitude et à l'indétermination de tous les droits. Rodenburg observait, que si les droits de la personne devaient se régler d'après la loi du lieu où elle irait demeurer, l'état de l'homme varierait à chaque déplacement, ce qui est inadmissible, parce qu'il est contradictoire qu'un individu puisse en même temps être ici majeur, là mineur, ici soumis à la puissance paternelle, là émancipé, ici *alieni*, et là *suis juris.* [2] On pensa dès lors, que pour l'utilité commune, et par suite d'une sorte de nécessité sociale, il était indispensable de rendre l'état des personnes certain et stable et de modifier les principes du droit strict conformément à la *comitas gentium.*

Bouhier disait que, bien qu'aucune loi ne dût avoir de valeur exterritoriale, toutefois l'intérêt particulier des peuples limitrophes, la courtoisie, la mutuelle bienveillance et la considération, que les lois propres auraient en semblable cas le même avantage, conseillaient de faire quelques exceptions aux principes absolus et d'étendre l'autorité de certaines lois au delà des limites du territoire de chaque souverain. Cette extension, disait-il, doit s'admettre toutes les fois que l'intérêt et l'utilité commune l'exigent et doit être considérée comme conseillée par la *comitas gentium.* [3]

Ce tempérament fut admis par plusieurs auteurs. Notamment Hertius, Huber, de Boullenois, Kent et Livermore [4]

[1] D'Argentré, *Commentarii in patrias Britonum leges*, art. 218, gl. 6, n. 11.

[2] Rodenburg, *De jure quod oritur ex statutorum diversitate*, T. I, cap. 3, § 4.

[3] Bouhier, *Coutumes de Bourgogne*, *Observations*, Ch. 23, §§ 62-63.

[4] Hertius, *De collisione legum*, § 4, nos 3 et 4 ; — Huberus, *De con-*

admirent que les principes du droit strict devaient être modifiés en raison de l'utilité commune.

De là résulta la classification des lois, suivant qu'elles devaient avoir une valeur exterritoriale ou uniquement territoriale, et le système des statuts. Les juristes européens s'efforcèrent de classer à ce point de vue toutes les lois suivant leur nature. Considérant qu'il était conforme à l'utilité commune de rendre stable la condition juridique des personnes, ils cherchèrent à diviser toutes les lois en deux grandes catégories, en statuts personnels et en statuts réels, suivant qu'elles se rapportaient directement aux personnes ou aux choses. Le statut personnel est ainsi défini par Hertius : [1] *In personam constituit lex quando personam afficit et quidem primarie ; nihil enim obstat si secundarie et vi legis jus aliquid vel acquirendi rem vel disponendi de eadem tribuitur.* Ainsi, par exemple, la loi qui fixe la majorité à 25 ans est une loi personnelle, bien qu'il en résulte la capacité de disposer des biens et de faire certains actes, parce que l'objet immédiat de la loi est la personne.

25. — On appela par contre *statut réel* toute loi ayant pour objet direct les choses, *Realia sunt*, écrit Voët, *quæ rem principaliter afficiunt et circa rem aliquid disponent, sive personæ mentio facta sit, sive non ; si modo primaria mens statuentis sit non de personis sed de rebus disponere.* [2] Telles sont, par exemple, toutes les lois ayant trait aux successions. Cette distinction une fois faite, ils établirent la règle que les

flictu legum, lib. I, tit. 3, § 2, p. 538 ; — Kent, *Commentaries on American Law* ; — Livermore, *Dissertations of the contrariety of Laws ;* — De Boullenois, *Observations*, 10.

Le mot *statut* fut employé pour indiquer toute loi ou règlement, qui permettait, commandait ou prohibait quelque chose. « Chaque disposition « d'une loi ou règlement est un statut, qui permet, ordonne ou défend « quelque chose. » (Merlin, *Répertoire*, v° *Statut*).

[1] Hertius, *De collisione legum*, *secti.* IV, p. 4.

[2] Voët, *Comment. ad Pend.*, tit. *de stat* ; — De Boullenois, *Princip. génér.*, 18, 23, 27.

statuts purement personnels, aussi bien universels que particuliers, accompagnent partout la personne, ou, en d'autres termes, que la personne a partout l'état particulier et universel, qui est déterminé par la loi de son domicile. De plus, les lois réelles d'après eux, ne s'étendent pas au-delà des limites du territoire de chaque État.

26. — Cette théorie semblait très simple et de nature à écarter toutes les controverses : aussi fut-elle admise par la plupart des jurisconsultes. D'Argentré, Rodenburg, Burgundius, Voët, de Boullenois, Dumoulin, Stockmans et d'autres auteurs prirent pour base de leurs recherches la distinction, que nous venons d'indiquer. Toutefois, l'application pratique de cette doctrine donna lieu entre ses partisans eux-mêmes à de nombreuses controverses, qu'on ne réussit jamais à faire disparaître. Comment établir d'après leurs définitions quand la loi était réelle et quand elle était personnelle ? Quelques-uns, partant du principe que les lois qui déterminent les rapports des personnes avec les choses sont réelles, admirent que les droits de toute famille étrangère sur ses propres biens, que les droits du père sur les biens du fils, que les droits du fils sur ceux du père, les droits du mari sur les biens de la femme et d'autres droits analogues devaient être régis par la *lex rei sitæ*, parce que les statuts qui s'y rapportaient étaient réels. D'autres, considérant que quelques-unes de ces dispositions modifient l'état de la personne, décidèrent que les statuts s'y rapportant devaient être considérés comme personnels. D'autres, et principalement d'Argentré, ne pouvant classer certains rapports juridiques dans les deux catégories indiquées, les placèrent dans une nouvelle catégorie, celle des satuts mixtes. Cette nouvelle classification fut admise notamment par G. Voët, par son père Paul Voët et par Vinnius ; mais elle fut combattue par beaucoup d'auteurs, et cela accrut les controverses entre les partisans de cette doctrine.

Malgré les interminables discussions relatives aux élé-

ments constitutifs de la réalité et de la personnalité des statuts, il faut néanmoins reconnaître que les glossateurs et les jurisconsultes du Moyen-Age jetèrent avec leur théorie les premières bases de la science du droit international. En effet, ayant admis que certains droits privés de l'homme devaient être régis par la loi, à laquelle la personne était soumise, quel que fût le territoire où la personne demeurât, ils en arrivèrent ainsi à reconnaître l'autorité exterritoriale de certaines lois. Ce fut là une grande innovation dans la théorie féodale, qui considérait l'homme comme subordonné à la possession de la terre et faisait de la personnalité humaine un accessoire du sol. L'école de Bologne et les plus anciens glossateurs italiens furent les premiers à donner une tournure doctrinale à la science du droit international privé, en admettant que certains droits devaient être attribués à l'homme indépendamment des relations territoriales et que chaque personne devait en jouir partout. C'est ainsi qu'à l'idée de la réalité féodale, qui conduisait à faire de l'homme un accessoire du sol, les glossateurs substituèrent celle de la personnalité indépendante du territoire et régie partout par ses propres lois, qu'ils qualifièrent de *statuts personnels.*

Il est cependant incontestable, que les règles posées par les glossateurs pour déterminer les lois personnelles, c'est-à-dire les lois qui devaient accompagner partout la personne, étaient incertaines et mal assurées ; que cette incertitude fut accrue par le fait que Barthole et ses continuateurs voulurent trouver dans la forme grammaticale de la disposition l'argument principal, pour décider quand le statut devait être considéré comme personnel. Il faut toutefois noter que le principal obstacle à la formation d'un système scientifique résulta de ce qu'on avait voulu trouver dans la *comitas gentium* le motif principal pour attribuer aux statuts personnels le pouvoir de régir partout la personne. Mais, à part ces critiques, il est de fait que les glossateurs italiens ont donné une direction scientifique et doctrinale à la théorie de l'efficacité et de la force des lois, en posant le principe, qui a

servi de fondement à la science moderne, que certaines lois ont une autorité exterritoriale et que certains droits privés sont personnels. C'est là le grand mérite de l'école italienne. La féodalité avait immobilisé le droit des personnes en le subordonnant aux relations territoriales. L'école italienne, sans avoir pu résoudre le problème, posa le principe de l'exterritorialité de certains droits, et par conséquent de l'exterritorialité des lois, qui devaient les protéger et en garantir la jouissance. [1]

[1] Parmi les auteurs qui ont entrepris d'étudier la question de la concurrence et du conflit des statuts, on doit citer parmi les premiers en date les deux juristes italiens : Barthole et Baldus.

Barthole, qui est né en 1313 à Sasso Ferrato dans la Marche d'Ancône et qui est mort âgé seulement de 46 ans, a été appelé à son époque l'astre et la lumière des juristes, le maître de l'équité, le guide des aveugles. Il a laissé des ouvrages importants, qui furent imprimés à Venise en quatre volumes in-folio en 1499. Il traite du conflit des statuts dans la première partie du commentaire du Code. Baldus fut son contemporain : il est né en 1324 et mort en 1400, et il a laissé aussi des œuvres importantes, formant la matière de 4 volumes in-folio.

Les continuateurs de ces deux auteurs furent les *Glossateurs*, qui étudièrent avec soin la question des statuts, surtout au XVI[e] et au XVII[e] siècles. Les ouvrages les plus importants sur cette matière sont les suivants : d'Argentré, *Commentarii in patrias Britonùm leges* ; — Evehrard, *Consilia, sive responsa juris* ; — Dumoulin, *Comment. ad Cod.*, conclusions de *statutis et consilium*, 53 ; — Christinaeus, *Commentarii ad leges municipales Mechlinienses, et practicarum quæstionum* ; — Hertius, *De collisione legum* ; — Paul Voët, *De statutis et corum concursu* ; — Jean Voët, *dans son Commentaire sur les Pandectes*, ch. *De statutis* ; — Albericus de Rosciate, *Tractatus de statutis* ; — Rodenburg, *De jure quod oritur ex statutorum vel consuetudinum diversitate* ; — Gaill, *Praticæ observationes*. (Cet auteur fut appelé le Papinien d'Allemagne) ; — Mascardo, prêtre et juriste italien, qui écrivit un ouvrage important intitulé, *De Probationibus conclusiones* ; — Bouhier, président du Parlement de Dijon, a laissé sur la matière deux volumes in-folio très importants : *Les coutumes du duché de Bourgogne avec les observations du président Bouhier* ; — De Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes, statuts* et *Dissertations sur les questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes* (4 volumes) ; — Bretonnier, *Recueil des principales questions de droit qui se jugent diversement dans les différents tribunaux du royaume, avec des réflexions pour concilier la diversité de la jurisprudence* ; — Casaregis, savant avocat génois, qui a laissé un ouvrage très estimé sous le titre de *Discursus legales de commercio* ; — D'autres ou-

27. — A la suite de longues et sérieuses discussions sur les lois territoriales et exterritoriales, la science moderne est arrivée à fonder sur des principes plus rationnels les règles, d'après lesquelles on décide quelles lois doivent étendre leur empire sur le territoire étranger. Le principal mérite de la science moderne est d'avoir su justifier d'une façon rationnelle l'autorité exterritoriale de certaines lois, tandis que la théorie statutaire s'était montrée impuissante. Cependant, nous ne saurions nous dispenser de répéter qu'il faut rechercher les premiers vestiges de la science moderne dans la théorie des jurisconsultes italiens du XIII[e] siècle et des glossateurs, qui suivant les traces de Baldus et de Barthole, ont établi la différence entre les statuts personnels et les statuts réels, et ont démontré que les statuts personnels devaient étendre partout leur empire et leur autorité.

Pour conclure, nous dirons, en reproduisant l'opinion de Savigny, [1] que bien qu'on ne puisse accepter complètement le système des jurisconsultes du Moyen-Age, parce que, manquant de fondement scientifique certain, il prête aux équivoques, et, qu'en raison des opinions contradictoires auxquelles il a donné lieu, il manque de toute valeur pratique, on doit, néanmoins y reconnaître un premier pas mal assuré dans une direction scientifique.

Certains auteurs ont cru résoudre le problème, en partant de l'idée, qu'il doit en être de même de la soumission à la loi que des rapports juridiques, que dans un cas comme dans l'autre tout doit dépendre de la libre volonté de l'homme. Ceux qui ont inventé le fameux contrat social pour expliquer l'existence des sociétés, et qui ont considéré les conventions et les traités comme le fondement de la société internationale ont voulu trouver dans le consentement présumé des parties la raison principale pour décider si dans

vrages très importants sont encore ceux de Cocceius, *Tractatus de fundata in territorio juridictione et jus civile contraversum* ; et ceux de Strykius, de Stravius, et de Froland.

[1] *Traité du Droit romain* (traduction française), 2e édit., T. VIII, p. 361.

chaque cas donné on devait appliquer telle ou telle loi. Les partisans de cette doctrine enseignent que, pour résoudre toute difficulté relative à la loi qui doit régler chaque rapport juridique, il faut s'en tenir à la volonté présumée des parties. [1]

Cette théorie ne résout pas, mais déplace seulement la question, car elle n'établit pas les règles pour déterminer l'acceptation présumée de la loi. Du reste, on ne peut pas dire que la soumission de l'individu à la loi soit un fait volontaire de sa part. Chaque personne a en son pouvoir les faits dont dépendent ses relations avec la loi ; mais une fois établies les règles d'après lesquelles chacun doit être soumis à sa loi propre, cette loi n'oblige pas parce qu'on la présume acceptée, mais on la présume acceptée parce qu'elle oblige. Aussi, nous répéterons qu'en cet ordre d'idées la question serait seulement déplacée, mais non résolue. Etant donné que certaines lois obligent partout le citoyen, et qu'il ne soit pas permis à celui-ci, en conservant sa qualité de citoyen d'un État donné, de se soustraire à l'empire de la loi de cet État, il est clair que la soumission nécessaire à cette loi ne peut pas dépendre du consentement tacite de la personne. Il est vrai que l'individu peut se soustraire à l'empire de sa propre loi en se faisant naturaliser à l'étranger et en renonçant à la qualité originaire de citoyen ; de la même façon, qu'en restant citoyen, il peut à son gré contracter ou ne pas contracter. Toutefois, s'il a en son pouvoir les faits, il n'a pas en son pouvoir la soumission à la loi, qui l'oblige partout d'une façon absolue et permanente.

Nous concluons, en disant que les conflits des législations ne peuvent pas se résoudre en préférant la loi admise d'une façon présumée par les parties, parce que cette règle est insuffisante et manque de base scientifique.

28. — Moins rationnel encore est le système de la réci-

[1] Voir Bacquet, *Traité des droits de justice,* Ch. XXI, n° 66 et 67 ; — Froland, *Mémoires sur les statuts.*

procité soutenu par certains jurisconsultes et consacré dans certaines législations, notamment dans la loi française. Il consiste à admettre la faveur d'une extension exterritoriale pour certaines lois, quand l'État étranger accorde la même faveur à nos lois sur son territoire. Ce système était consacré par les législations en vigueur en Italie et soutenu par Rocco, un des plus vaillants jurisconsultes italiens contemporains qui aient écrit sur la matière que nous traitons. [1] Pour nous, sans rien contester du réel mérite du savant napolitain, nous croyons devoir rejeter son système comme peu conforme aux principes de la raison et du droit.

Le système de la réciprocité tend à légitimer les représailles juridiques, en admettant que non seulement l'exercice des droits civils, mais aussi des droits naturels puisse être refusé aux étrangers, quand l'État auquel ils appartiennent refuse l'exercice de ces mêmes droits aux nationaux. Nous ne saurions nier qu'à l'époque où Rocco écrivait son livre, le système de la réciprocité ne fût pour ainsi dire une nécessité sociale. Quand les représailles et la rétorsion étaient considérées comme des principes légitimes de droit public, la réciprocité avait sa raison d'être dans le droit privé. Mais si cela sert d'excuse à Rocco, qui d'autre part expose des idées très hardies et très libérales, il ne légitime pas ses principes. Il suffit, en effet, de lire quelques-unes de ses conclusions pour se convaincre de la fausseté de son système : « Quoique, écrit-il, nos lois doivent être bienveillantes en-« vers les nations étrangères, on ne doit pas croire que lors-« que l'État auquel ces nations appartiennent nous refuse-« rait l'exercice d'une faculté, que la nature elle-même nous « accorde, il ne nous serait pas permis d'agir de même par « représailles. Comment penser que les étrangers pourraient « succéder dans notre royaume et y disposer de leurs biens,

[1] L'ouvrage de Nicolas Rocco, *Diritto civile internazionale*, fut très apprécié en France et en Allemagne. Dans les séances des 14 et 21 mai 1842, Pontalis lut à l'Académie des sciences morales un rapport remarquable sur ce livre et fit l'éloge du jurisconsulte napolitain.

« si la même faculté ne nous était pas accordée dans leur « pays ? »[1]

29. — Le système suivi par les auteurs, qui voudraient subordonner l'application des principes du droit à la condition de la réciprocité, légitime toute sorte d'injustices et d'arbitraire, en substituant au droit l'utilité, aussi n'est-il pas justifiable. En effet, en subordonnant à cette condition l'exercice des droits de l'homme, on arrive à nier les droits de la personnalité humaine. Aussi ne peut-on jamais soutenir qu'il dépende du pouvoir discrétionnaire du législateur de refuser aux étrangers la jouissance de leurs droits, par la seule raison que le souverain de l'État auquel ils appartiennent refuse la jouissance de ces mêmes droits aux nationaux.

Même lorsqu'on se borne à vouloir appliquer la condition de la réciprocité, pour déterminer la loi qui doit régler en territoire étranger l'exercice des droits apprtenant à la personne, on arrive encore à consacrer une injustice. Etant en effet donné que l'autorité exterritoriale de certaines lois dérive des principes du droit et de la justice, on ne peut pas admettre qu'il puisse être licite de les violer pour protéger les intérêts nationaux.

Si,par exemple,on admet que l'individu ait droit à ce que sa capacité juridique et son état personnel soient reconnus partout, il est clair que dans ce cas la loi nationale devrait s'étendre au delà des limites du territoire par application d'une règle de droit et d'un principe de justice,et l'on ne saurait subordonner l'application exterritoriale de cette loi à la condition de la réciprocité, sans rendre conditionnel le respect dû aux principes mêmes de la justice.

30. — La théorie de la réciprocité dérive elle-même du système arbitraire, dans lequel on attribue à chaque souve-

[1] Rocco, *cit.* (Livourne 1860), 1re partie, ch. VIII, p. 82.

raineté un droit absolu et éminent sur le territoire, sur les personnes qui y demeurent, sur les faits juridiques et sur les relations de toute nature, quelqu'en soit le point de départ, et où l'on ne reconnaît d'autre loi que la loi territoriale. C'est de cette théorie que Fœlix et les jurisconsultes anglo-américains ont tiré leur système, qui se réduit en substance à méconnaître tout principe de droit et de justice en ce qui concerne l'autorité exterritoriale des lois, en admettant que tout puisse dépendre de l'intérêt et de l'utilité réciproque.

Fœlix, en effet, après avoir posé le principe fondamental que les lois ne peuvent avoir aucune valeur exterritoriale, en déduit comme conséquence que l'application des lois étrangères doit dépendre exclusivement du consentement exprès ou tacite du souverain territorial manifesté par les traités ou par les décisions des autorités judiciaires et administratives. « Le législateur, écrit-il, les autorités publiques « les tribunaux, en admettant l'application des lois étrangè-« res, se dirigent non pas d'après une obligation, dont l'exé-« cution peut être exigée, mais uniquement d'après des con-« sidérations d'utilité et de convenance réciproque entre les « nations. »[1]

Les auteurs anglo-américains admettent d'une façon presqu'unanime que l'application des lois étrangères dépend uniquement de la courtoisie. Story, Burge, Phillimore et d'autres ont pensé pouvoir ériger en principe, que l'application des lois étrangères sur le territoire dépend principalement

[1] Fœlix, *Traité du Dr. internat. privé*, *Introduct.*, Ch. III, nº 11.

[1] *bis*. Pour notre compte, nous admettons sur ce point l'opinion de Fœlix. En effet, pour nous, à part l'utilité réciproque, le droit n'a aucune base positive. C'est en se guidant d'après les intérêts réciproques de leurs nationaux, que les États devraient s'entendre pour sanctionner les règles de droit international privé qui les sauvegardent le mieux. Ainsi que nous l'avons dit plus haut, en cette matière, la réciprocité est essentielle, et l'Etat qui reconnaît des droits aux nationaux d'un autre Etat, doit exiger en retour les mêmes avantages pour ses propres nationaux. Autrement, il manque à sa mission essentielle en matière internationale, la sauvegarde des membres qui font partie de la communauté politique qu'il personnifie. — (Note du raducteur Ch. A.).

de la *comitas gentium*, et même Phillimore a intitulé son ouvrage, *Private international law, or comity*.

Il n'est pas besoin de longs raisonnements pour démontrer que le système, qui réduit tout à la *comitas*, manque non seulement de tout fondement juridique, mais même tend à nier complètement la science du droit international privé. Il arrive, en effet, dans ce système, à établir qu'il n'existe pas de principes certains pour résoudre les conflits des législations et que tout doit être réglé par l'intérêt.

On arrive ainsi en substance à nier tout droit. L'intérêt étant pour lui-même essentiellement variable, il est clair qu'en le prenant pour règle, on rendrait absolument impossible l'établissement de règles juridiques propres à indiquer, selon la justice, l'autorité territoriale et exterritoriale de chaque loi.

Aujourd'hui, la grande majorité des publicistes est d'accord pour reconnaître que la *comitas* est une conception fausse et arbitraire. Certains jurisconsultes anglo-américains eux-mêmes ont reconnu cette proposition. Laurence a soutenu, à l'aide de solides arguments, que la courtoisie ne peut pas être la base du droit ; qu'il y a des principes suprêmes qui doivent régler aussi bien les relations d'intérêt privé que celles d'intérêt public et qu'ils sont obligatoires pour les législateurs et pour les juges. Westlake, tout en admettant que la *comitas* puisse être le motif qui fasse admettre l'application d'une loi étrangère, reconnaît cependant qu'elle n'est pas suffisante pour déterminer dans chaque cas particulier la loi qui doit être appliquée. De même, Lord Brougham démontre que les juges ne doivent pas juger suivant les convenances, mais d'après le droit. De cette façon, l'école moderne des jurisconsultes anglo-américains commence à admettre, que la question doit être résolue d'après les principes de la justice universelle, et non d'après ceux que peut exiger l'intérêt. Le fait par eux d'avoir reconnu, que le principe de la *comitas* est incomplet et trompeur, est la preuve la plus

sûre que ce système manque de tout fondement juridique. [1]

L'école moderne tend, en effet, à trouver un principe rationnel propre à déterminer le rapport entre les relations et les faits juridiques, principe par lequel ils doivent être régis. Laissant de côté la conception ancienne, d'après laquelle on admettait que la souveraineté avait un droit absolu et illimité sur le territoire et que les droits de l'homme pouvaient dépendre en tout de la loi territoriale, les auteurs modernes se sont proposé de rechercher et de déterminer quelle est la loi, qui doit régir chaque rapport et chaque fait juridiques, en tenant compte du rapport lui-même et des relations des sujets du droit avec la loi à laquelle ils doivent obéir et avec le territoire, dans lequel ces relations se manifestent ou ces faits se produisent. [2]

31. — En suivant cette nouvelle voie, on a abandonné l'antique maxime, *Leges non valent extra territorium*, et on a cherché à établir la limite de l'autorité des diverses lois, en recherchant et en déterminant quels sont les rapports de droit soumis selon leur nature intime et les nécessités sociales à l'empire de chaque loi.

32. — Il est incontestable que parmi ceux qui ont indiqué cette nouvelle direction, le premier à signaler entre tous est

[1] Pour nous, la *comitas* est une variante de l'intérêt réciproque des Etats. Comme d'après nous, c'est l'intérêt réciproque qui est la base du droit, nous pensons que la conception de la *comitas* admise par un grand nombre de publicistes est scientifique. Voir à ce sujet dans notre traduction du *Nouveau Droit international public* de P. Fiore, T. I, p. 188, note 1, nos idées personnelles à ce sujet. — (Note du traducteur Ch. A.).

[2] Nous sommes d'accord avec l'auteur, qu'il faut examiner chaque rapport juridique spécialement. Néanmoins, ce qui, d'après nous, devrait servir à déterminer la loi qui devrait régir ce rapport, c'est l'utilité commune des différents Etats.

Pour plus de détails en ce qui concerne nos idées personnelles au sujet de la base utilitaire du droit, voir dans notre traduction du *Nouveau Droit internat. public* de l'auteur, T. I, p. 170, note 3. — (Note du traducteur Ch. A).

Savigny. En étudiant la question des limites des diverses législations positives par rapport au temps et à l'espace, il mit en avant l'idée de la communauté de droit entre les divers peuples et exclut l'idée prédominante de la prépondérance absolue et exclusive de toute loi territoriale. D'après lui, en vertu du droit rigoureux de souveraineté, on pourrait imposer aux juges d'un pays l'obligation d'appliquer exclusivement leur propre loi nationale, sans tenir compte des dispositions contraires des lois étrangères. Cependant, une telle règle ne devrait être consacrée par aucune législation positive, parce qu'à mesure que les relations entre les différents peuples s'étendent, il est nécessaire de renoncer à un tel principe exclusif et d'admettre au contraire le principe d'une communauté de droit entre les différents peuples. [1]

Il n'y a pas lieu ici d'examiner comment Savigny a résolu le problème, car cela nous entraînerait dans une longue digression. Nous le ferons au cours de cet ouvrage et nous indiquerons les divergences entre les opinions de l'éminent jurisconsulte et les nôtres. Mais quoi qu'il en soit, le grand mérite de Savigny c'est d'avoir posé la question d'une façon bien précise. En parlant des conflits qui peuvent surgir lorsque le même rapport juridique peut être réglé par des lois positives diverses et contraires, il note avec raison qu'il ne suffit pas de s'occuper de ces conflits comme de l'unique problème à résoudre, mais qu'il est nécessaire d'étudier la délimitation des diverses lois positives, en recherchant quelle est la loi à laquelle est soumis chaque rapport juridique.

Pour nous, ainsi que nous l'avons déclaré dans la première édition de cet ouvrage sur le droit international privé, [2] nous avons suivi la direction indiquée par Savigny pour entreprendre nos recherches. Après des études plus mûres, nous sommes encore convaincu que pour résoudre le problème,

[1] Savigny, *Système du Dr. romain*, t. VIII.

[2] La première édition italienne fut imprimée à Florence en 1869 par les successeurs Lemonnier, voir p. 59 de cette édition.

il est nécessaire de déterminer les limites de l'autorité de chaque loi dans l'espace et de préciser quand la force de chaque disposition impérative doit être territoriale ou exterritoriale.

Nous sommes heureux de constater que la grande majorité des juristes contemporains admet, que l'application des lois étrangères doit être régie par les principes du droit, et que l'on doit considérer comme un devoir de justice internationale, non seulement de reconnaître et de respecter les droits de l'étranger, mais de s'abstenir de régler par ses propres lois ces rapports juridiques qui, par suite d'une compétence rationnelle, doivent être régis par les lois étrangères. Mancini, Laurent, Brocher, Asser et presque tous les membres de l'Institut de Droit international sont désormais d'accord sur le but de la science. Les divergences entre eux résultent de ce que l'on n'a pas encore établi l'accord sur le principe général, d'après lequel dans chaque cas particulier l'on doit décider sur l'admission ou l'exclusion sur le territoire de l'autorité des lois étrangères. L'accord complet à ce sujet ne pourra pas facilement s'établir, parce que les formules proposées par les uns sont considérées par les autres comme insuffisantes et incomplètes. C'est ce que l'on peut dire de la règle primordiale proposée par Schæffner, que toute relation juridique devrait être partout régie par la loi du lieu où elle a pris naissance. [1]

En effet, il faut avant tout noter, que la relation juridique, qui est l'effet d'un acte de la volonté humaine, (contrat, donation, testament) peut être formée en des lieux différents, de sorte qu'on peut toujours avoir à résoudre la difficulté de savoir si elle doit être régie par telle ou telle loi. Il faut dire en outre, que ni la résidence, ni le domicile ne peuvent soustraire la personne à l'empire de sa propre loi personnelle, ni la famille à celui de la loi qui doit régler les rapports de famille. Par conséquent, les relations d'état personnel et

[1] Schæffner, *Droit internat. privé*, § 32.

celles de famille ne peuvent pas être régies par la loi du lieu où elles ont pris naissance.

De là il résulte que nous ne saurions admettre la doctrine de Schæffner.

Nous ne pouvons pas non plus accepter la formule proposée par Savigny, d'après laquelle on devrait préférer *la loi du lieu que l'on reconnait comme le siège du rapport de droit*. En effet, pour déterminer le siège du rapport du droit, il faut préalablement établir quelle est la loi, sous l'empire de laquelle on doit présumer placé le fait juridique. En cas de doute sur le point de savoir si cette présomption devrait de préférence avoir son fondement dans la loi personnelle ou dans celle du lieu où l'acte aurait été passé, ou dans celle du lieu de la situation des biens, on ne pourrait pas déterminer le siège du rapport juridique qui résulte du fait juridique, sans établir quelle est la loi à laquelle on devrait présumer ce rapport soumis.

Ces divergences, nous le répétons, n'empêchent pas que le problème n'ait été posé à notre époque d'une façon scientifique, et que le grand mérite des auteurs contemporains [1]

[1] Parmi les auteurs contemporains voir : Story, *Conflict of Laws ;* — Burge, *Comment. on colonial and foreings laws ;* — Phillimore, *Comment. upon international Law*, t. IV ; — Westlake, *A treatise on private international Law ;* — Rocco, *Del uso et dell' autorità del Regno delle Due Sicilie ;* — Fiore, *Trattato di Diritto internazionale pubblico*, 1865, 1re édit. ; — Esperson, *Del principio di nazionalità* ; — Lomonaco, *Trattato di diritto civile internazionale ;* — Catellani, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi* ; — Mancini, *Rapporto all' Istituto di diritto internazionale ;* — Gianzana, *Lo straniero nel diritto civile italiano* ; — Milone, *Dei principii e delle regole del diritto internazionale privato.* — Tous les auteurs de droit civil traitent de cette question, voir notamment : Pacifici-Mazzoni, Borsari, Bianchi, Ricci, Gianturco. — Fœlix, *Traité de Dr. internat. privé* ; — Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens* ; — Barde, *Théorie traditionnelle des statuts ;* — Durand, *Essai de Dr. internat. privé* ; — Rougelot de Lioncourt, *Du conflit des lois personnelles et étrangères ;* — Antoine, *De la succession légitime et testamentaire en droit international privé* ; — Pradier-Fodéré, *Traité du droit international public*, dans lequel se trouve un chapitre (p. 519-1237 T. 1er) qui est un traité complet de droit international privé. — Schæffner, *Entwickelung des international en privatrechts*, ou-

n'ait été d'avoir écarté tous les systèmes, qui refusaient en principe toute autorité à la loi en dehors des limites du territoire de chaque État.

vrage traduit en italien par Tenore ; — Savigny, *System des heutigen roemischen rechts*, T. VIII, ouvrage traduit en français par Guenoux ; — Bar, *Das internationale private-und-strafrecht ;* — William Beach-Lawrence, *Comment. sur les élém. de droit internat. et sur l'hist. du progrès du dr. des gens de Wheaton ;* — Wharton, *A treatise on the conflict of Laws or international Law*, 2e édit, 1881 ; — Field, *Draft outlines of international code*, traduit en italien par Pierantoni ; — Asser, *Schets van het internationaal privaatregt*, traduit du hollandais en français par Alphonse Rivier ; — Laurent, *Dr. civil internationat ;* — Manuel Torres Campos, *Principies de derecho international privato o de derecho extraterritorial de Europa y America. en sus relaciones con el derecho civil de España ;* — Brocher, *Cours de Dr. internat. privé suivant les principes consacrés par le droit positif français.*

On peut consulter aussi les ouvrages spéciaux sur la matière cités dans les *Bibliographies annuelles* du *Journal de droit international privé* de M. Clunet et dans le *Bulletin de jurisprudence de dr. internat.*, id., ainsi que les rapports et les délibérations de l'Institut de Dr. international dans *l'Annuaire de l'Institut*, et la bibliographie des ouvrages de droit international à la fin de chaque volume de cet Annuaire.

CHAPITRE V

PRINCIPES FONDAMENTAUX D'APRÈS NOTRE SYSTÈME.

33. Les États sont soumis à la loi suprême du droit. — 34. Limites de l'autonomie de l'État. — 35. Compétence de chaque souveraineté comme pouvoir législatif. — 36. Principe général relatif à l'autorité territoriale et exterritoriale de chaque loi. — 37. Difficultés qui résultent inévitablement de ce principe. — 38. Absence de règles positives pour déterminer les lois d'ordre public. — 39. Comment l'application d'une loi étrangère peut porter une véritable atteinte au droit territorial. — 40. Nécessité des traités pour établir les règles relatives à l'autorité territoriale et exterritoriale des lois.

33. — Il nous paraît utile d'établir quelques principes généraux, qui doivent servir de base à toute la théorie que nous allons exposer.

Les États, en tant que personnes qui existent en commun dans la magna civitas *sont soumis à la loi suprême du droit et de la justice.*

La société de fait entre les États ne serait pas possible sans la société de droit : *ubi societas ibi jus.*

On ne peut certes pas concevoir l'existence en commun de personnes libres (que ce soient des personnes physiques ou des personnes morales), sans supposer préalablement qu'elles observent constamment entre elles une certaine loi naturelle de proportion entre leurs actions et leurs inactions.[1]

[1] *Si nulla est communitas,* écrit Grotius, *quæ sine jure conservari possil, quod memorabili latronum exemplo probabat Aristoteles, certe et illa quæ genus humanum aut populos complures inter se colliget, jure indiget. Proleg.* (23). Compar. Wolf, *Jus naturæ,* part. 7 et 46, *Jus gentium,* Ch. II; Pradier-Fodéré, *Elém. de Dr. public,* p. 35.

Il faut, dès lors, admettre entre les États une loi suprême de leurs rapports juridiques, en l'absence de laquelle leur existence commune deviendrait impossible.[1]

34. — *Chaque État est autonome et indépendant, dans les limites fixées par le droit.*

L'individualité est le caractère essentiel constitutif de la personnalité de l'État. Le caractère distinctif de l'individualité c'est qu'elle existe par elle-même, avec une sphère d'action distincte de celle des autres personnes, avec une fin propre, avec des moyens propres et avec la puissance juridique d'agir sans obstacle dans les limites fixées par le droit.

L'État ne peut certainement pas avoir une liberté illimitée et absolue, car cette liberté doit être limitée par celle des autres États qui vivent en commun dans la *Magna civitas*.

Les États doivent, en effet, se respecter réciproquement comme membres de la famille humaine, et observer la loi de leurs rapports juridiques ; par conséquent l'indépendance de chacun d'eux ne peut être que *la puissance juridique d'agir sans obstacle dans les limites fixées par le droit.*

Il faut, dès lors, admettre comme règle suprême, que le pouvoir supérieur de chaque État, dans le développement et dans l'exercice de ses droits souverains, doit respecter les droits et les intérêts légitimes des autres États.

De là il résulte que chaque souveraineté a le droit exclusif de faire les lois propres à protéger l'organisme politique et les intérêts des particuliers.

Ce pouvoir a néanmoins de justes limites, car aucune souveraineté ne peut, de sa propre autorité, soumettre à ses lois les personnes, les biens et les faits juridiques, mais doit tenir compte de la condition des personnes, de la na-

[1] Voir notre *Droit international public* (3e édit.), partie générale, Liv. II, Ch. I, et la traduction française de M. Antoine, T. I, p. 143 et suiv.

ture des rapports juridiques et des exigences de la vie sociale, pour fixer les limites de sa compétence spéciale comme législateur.

35. — *La compétence de chaque souveraineté en tant que pouvoir législatif doit être déterminée d'après les principes du droit, en tenant compte de la nature du rapport juridique, des intérêts sociaux et des intérêts généraux.*

On ne saurait méconnaître que, tant qu'on n'aura pas établi un droit commun, rendu obligatoire au moyen de traités, chaque souveraineté pourra, en toute indépendance, admettre ou rejeter l'autorité des lois étrangères. Il ne pourrait dès lors pas être loisible aux juges ou aux particuliers de se soustraire à l'empire de la loi. Ce serait néanmoins un véritable contre-sens juridique, que de soutenir qu'il n'existe pas de principes et de règles au sujet de la compétence de chaque pouvoir législatif, ou d'admettre que les principes du droit et de la justice pourraient être, avec raison, foulés aux pieds sous le prétexte de protéger les intérêts nationaux.

Le système qui refuse toute autorité aux lois étrangères et qui fait dériver l'autorité exterritoriale de ces mêmes lois du bon plaisir du souverain, ou de l'intérêt réciproque, doit être considéré comme ayant son fondement dans l'exagération du principe de l'indépendance des États. Il sera toujours vrai de dire que les intérêts généraux doivent, dans tous les cas, être conciliés avec les intérêts nationaux et avec le respect dû aux droits de la souveraineté territoriale. Toutefois, on doit considérer comme une erreur manifeste de soutenir qu'il n'y a point de règle juridique pour déterminer la compétence législative de chaque pouvoir souverain, à l'égard notamment des personnes, des biens, des successions, des contrats, de la procédure, de l'exécution des sentences étrangères.

36. — *Chaque souveraineté peut régler par ses propres lois les droits privés des personnes et les rapports des famil-*

les soumises à son autorité, ainsi que les contrats ou les faits juridiques nés ou accomplis sur le territoire soumis à sa domination, même lorsque les relations juridiques qui en dérivent ont leur développement en pays étranger, pourvu, toutefois, qu'il ne résulte de là aucune atteinte aux droits et aux intérêts légitimes de la souveraineté territoriale, ni à l'ordre public.

Pour bien comprendre cette règle, il est nécessaire de remarquer que la souveraineté territoriale repose à notre époque sur une base bien différente de celle qu'elle avait aux temps de la féodalité, et qu'elle a encore dans les États qui ont conservé les caractères et l'esprit de la féodalité. L'État moderne est un organisme juridique, et sa principale mission se résume dans la *protection du droit*. La souveraineté est toujours considérée comme territoriale, mais non en ce sens qu'elle ait la propriété du sol ou le droit éminent sur les personnes qui résident sur le territoire, mais en ce sens seulement qu'elle exerce l'*imperium*, l'*auctoritas* et la *jurisdictio* sur le territoire. Quant aux droits qui appartiennent aux individus, bien qu'ils soient protégés par la loi, ils ne sont pas considérés comme une concession du législateur, mais, au contraire, comme une faculté de la personnalité humaine.

Il faut, en outre, considérer qu'à notre époque l'activité de l'individu ne peut plus être circonscrite dans les limites territoriales de l'État, dont il est citoyen; mais qu'elle tend à se développer dans des limites moins étroites. Chacun, sans rompre les liens qui l'unissent à sa patrie, a conscience d'être citoyen du monde, entre en relations avec les étrangers de contrées diverses et traite partout avec eux des affaires variées, acquiert des biens, les transmet et dispose de sa propriété par des actes entre vifs ou de dernière volonté. De tout cela est résultée en fait la société internationale, de même que des rapports multiples entre les personnes qui s'établirent dans les villes est née la société civile.

Il est évident que tous les rapports ne peuvent pas être régis par la même loi, et qu'il ne peut pas être indifférent d'appliquer les lois faites pour un peuple à un autre peuple. Chaque système de lois, comme l'a dit Montesquieu, doit être propre à chaque peuple, car il faut qu'il soit conforme aux coutumes, aux traditions, à la civilisation, aux mœurs, au tempérament et à toutes les contingences ethnographiques, physiques et morales dans lesquelles il se trouve. Les lois doivent, en outre, être en rapport entre elles et l'ordre de choses pour lequel elles ont été édictées, correspondre au but qu'a visé le législateur et aux intérêts qu'elles ont eu pour objet de sauvegarder. Or, on ne pourrait pas, sans réduire presqu'à rien la mission de l'État, admettre que sa compétence législative devrait s'exercer seulement dans les limites fixées par ses frontières territoriales.

Il faut, d'autre part, reconnaître qu'il incombe à l'État de conserver l'organisme politique et tout ce qui *ad statum reipublicæ spectat*. Par conséquent, l'application des lois étrangères ne pourrait pas être admise en tant qu'elle serait contraire à la conservation de l'État et aux intérêts généraux de la communauté politique.

De ces deux principes, il résulte que l'on peut admettre l'autorité exterritoriale des lois étrangères *quæ ad singulorum utilitatem pertinent*, mais que l'on doit considérer comme absolue et exclusive l'autorité territoriale des lois *quæ ad statum reipublicœ spectant*.

37. — En mettant ainsi la règle en lumière, nous n'osons pas prétendre, que nous en avons rendu l'application facile. On reste, en effet, toujours en présence de la grande difficulté de distinguer quelles sont les lois qui ont pour but de protéger l'organisation politique et quelles sont celles *quæ ad statum reipublicæ spectant*. C'est là, en réalité, la question la plus grave de la science du droit. En restant dans les généralités, il est facile de distinguer les lois en deux grandes catégories : celles qui régissent directe-

ment les intérêts généraux et qui pourvoient à la protection du droit social et de l'ordre public, et celles qui régissent les intérêts particuliers et qui pourvoient à la protection du droit privé. Mais quand, en fait, il s'agit de décider si une loi donnée appartient à l'une ou l'autre catégorie, il est difficile d'écarter toute incertitude. Ainsi, les lois sur la puissance paternelle et sur la puissance conjugale, celles qui interdisent le mariage entre certaines personnes à raison de leur parenté naturelle ou civile, celles relatives aux actes de l'état civil font partie du droit privé, mais néanmoins intéressent au plus haut point la constitution de l'État et l'ordre public, bien qu'elles ne soient pas des lois politiques.

Ce qui, dans notre matière, engendre les plus graves difficultés, c'est que non seulement il faut décider si une loi donnée doit être classée dans l'une ou l'autre catégorie, mais qu'aussi il faut déterminer si l'application de la loi étrangère sur le territoire de l'État porte ou non atteinte à la législation territoriale, qui doit être considérée comme ayant une autorité absolue et exclusive sur le territoire où elle est en vigueur.

38. — La législation et la science ne nous fournissent point de règles positives certaines et concrètes, pour énumérer les dispositions législatives qui, à un titre ou à un degré quelconque, intéressent l'ordre public. Néanmoins, d'après nous, on doit considérer comme telles, non seulement les lois constitutionnelles, administratives et criminelles, ainsi que toutes celles qu'on qualifie généralement de lois de police et de sûreté, mais encore celles qui pourvoient à la sécurité des personnes et de la propriété, à la protection des bonnes mœurs et celles qui, d'une façon générale, pourvoient à l'organisation sociale. Le caractère distinctif de ces lois est, qu'ayant pour objet la protection de certaines exigences sociales, elles s'imposent à tous d'une façon absolue, et que jamais, dans aucun cas, il n'est permis aux particuliers de déroger aux prescriptions impé-

ratives qui en résultent. La difficulté de les distinguer devient en certains cas très grave, parce qu'en principe, il n'est pas possible d'établir une ligne de démarcation entre les intérêts sociaux et les intérêts particuliers. En effet, les individus pouvant retirer de grands avantages de la bonne organisation sociale, les lois qui y ont trait pourvoient indirectement aux intérêts des particuliers. D'autre part, les lois, qui déterminent la position juridique de chacun dans ses rapports avec sa famille et son patrimoine, tendent à faire disparaître la confusion et l'anarchie et pourvoient dès lors à la bonne organisation sociale et à l'ordre public.

Il faut, en outre, noter que, les exigences et les nécessités sociales étant différentes, même à l'intérieur du même État, suivant les circonstances de temps et de lieux en relation avec les principes politiques de cet État, les dispositions d'ordre public doivent, avec plus de raison, être différentes dans des États distincts. Il est clair que chaque souveraineté doit chercher à protéger l'ordre public et le droit social, en appliquant les règles et les principes qui sont l'expression la plus exacte de la conviction juridique et morale de son peuple, mais qu'aucune d'elles ne peut prétendre imposer ses propres convictions juridiques et morales aux autres peuples et aux autres souverainetés.

On ne doit pas poser, en principe, que l'ordre public interne doive être considéré comme atteint par l'application dans l'État d'une loi étrangère dérivant de principes d'organisation sociale et d'ordre public différents de ceux admis dans cet État. Si l'on partait de cet ordre d'idées, pour établir une règle de limitation de l'autorité exterritoriale des lois, on arriverait à en restreindre beaucoup l'application. Le développement des mêmes principes moraux dans tout système de lois positives doit varier, parce que les lois n'expriment pas le juste absolu, mais le juste relatif, c'est-à-dire celui qui convient mieux et qui peut sembler plus propre en certaines circonstances données à réaliser le mieux et à écarter le pire. Par conséquent, aucun État ne peut émettre

la prétention d'avoir réalisé dans ses propres lois les principes moraux mieux que les autres États, ou de se considérer comme atteint par l'application de lois étrangères, qui auraient réalisé le développement des principes de la morale et de la justice naturelles dans des circonstances différentes.[1]

39. — Il est des cas où l'on ne peut se dispenser de reconnaître que l'application dans l'État d'une loi étrangère dérivant de principes différents et opposés a pour résultat une véritable atteinte aux lois territoriales, auxquelles on ne peut jamais déroger sans attenter à la vie juridique de l'État et au droit social. Toutefois, la détermination de ces cas est une des études les plus difficiles et les plus vastes, où se révèle l'esprit investigateur du jurisconsulte et du magistrat. En étudiant l'esprit de la législation et les exigences supérieures de la vie juridique et sociale de l'État, on peut arriver à déterminer quelles sont les dispositions législatives, dont les nécessités sociales impérieuses réclament le respect absolu. Une fois ces dispositions déterminées,

[1] Les lois positives ne sont pas celles de la nature humaine, telle qu'elle devrait être, mais celles faites par l'homme, tel qu'il est dans des circonstances historiques données où il se trouve : par conséquent elles ne peuvent pas avoir pour but le mieux absolu, mais le mieux possible et réalisable.

C'est pour cela que chaque système de lois est l'expression sociale de la vie d'un peuple, et que l'histoire des diverses institutions juridiques est aussi l'histoire des origines, des progrès, des transformations, de la décadence et de l'anéantissement des diverses institutions sociales. Le droit positif représente l'évolution progressive des principes de la justice naturelle et des principes moraux dans la conscience du peuple. De là il résulte qu'il a son histoire, et qu'aucun peuple ne peut prétendre avoir, dans ses lois, réalisé mieux que les autres le principe moral. La méthode expérimentale appliquée à la science de la législation a mis en relief les rapports entre les lois et les phénomènes sociaux.

Solon, interrogé sur le point de savoir s'il avait donné à son peuple les meilleures lois, répondit qu'il lui avait donné les meilleures qui pouvaient lui convenir. Ces paroles sont l'expression de la plus grande sagesse juridique et du plus sage enseignement pour les législateurs.

quand l'application d'une loi étrangère y porterait atteinte, on devrait refuser à une telle loi toute autorité.

Toutes les lois peuvent se diviser en deux grandes catégories :

La première comprend celles qui ont pour objet de créer ou de détruire certaines institutions juridiques.

La seconde se compose de celles qui améliorent ou développent certaines institutions juridiques déjà existantes, et déterminent les conditions juridiques nécessaires pour l'acquisition, la jouissance et l'exercice des droits qui y sont relatifs.

Les lois de la première catégorie se subdivisent en deux classes. La première classe comprend celles qui créent de nouvelles institutions juridiques et qui en général déterminent des droits relatifs à ces institutions, qui appartiennent à ceux qui sont soumis ou qui peuvent être soumis à l'autorité de la loi. La seconde catégorie comprend celles, qui détruisent certaines institutions juridiques, ou qui interdisent, d'une façon absolue, tout rapport juridique relatif à certaines institutions abolies.

On violerait évidemment la loi territoriale qui aurait aboli une institution juridique donnée et prohibé ainsi tout rapport juridique en résultant, quand on invoquerait l'autorité d'une loi étrangère, pour faire reconnaître cette institution et les rapports juridiques qui en sont la conséquence.

Dans l'hypothèse où la loi territoriale aurait donné à une institution également admise par la loi étrangère une organisation et un développement différents de ceux consacrés par cette dernière loi, jusqu'à quel point devrait-on reconnaître sur le territoire l'autorité de la loi étrangère ? Nous exposerons dans le cours de cet ouvrage les règles propres à résoudre de telles difficultés.

40. — *Les principes généraux relatifs à l'autorité territoriale et exterritoriale des lois ne pourront devenir obligatoires pour les États qu'au moyen de traités.*

La science doit incontestablement rechercher et examiner

les principes fondamentaux relatifs à l'autorité des lois. L'importance de cette recherche est plus grande que celle de toutes les questions comprises dans les autres branches de l'encyclopédie juridique, et ce par suite de l'absence d'un accord sur ces principes et de la nécessité d'établir cet accord. Il est clair du reste que l'on ne pourra arriver à l'adoption par les États de règles uniformes, pour écarter les conflits entre les lois de pays différents, si l'on n'a pas d'abord fait admettre partout les principes juridiques relatifs à l'autorité exterritoriale des lois, et s'il ne s'est pas établi à ce sujet une communauté d'idées et de règles juridiques.

Il sera toujours vrai que les règles de droit élaborées par les jurisconsultes ne pourront devenir des principes positifs pour les législateurs et les magistrats, que lorsqu'elles auront été admises par les États au moyen de traités.

Les traités constituent, en effet, le moyen général employé pour convertir les règles de droit international en règles de droit positif. On ne peut, en effet, rendre les principes du droit obligatoires pour les États qu'à l'aide du consentement réciproque et de l'obligation formelle par eux contractée de les observer et de les respecter.

On tend aujourd'hui à la conclusion de tels traités. On aboutira d'autant plus facilement à cette conclusion, que les citoyens de tous les États demandent que les conflits entre les différentes législations civiles et commerciales soient résolus d'une façon uniforme, afin que, étant donnés les rapports de jour en jour plus fréquents et par suite continus des hommes de différents pays, chacun puisse connaître sûrement quelle loi il doit observer. De plus, le droit élaboré par les jurisconsultes acquiert une autorité de plus en plus grande, par suite de l'initiative louable, qui a été prise de substituer à l'opinion scientifique individuelle l'opinion scientifique collective des publicistes des différentes parties du monde, réunis pour formuler un certain nombre de règles générales, destinées à résoudre les conflits entre les différentes lois, et pour arriver à rendre ces règles obligatoires pour tous les gouvernements.

Avant que les États n'aient admis certaines règles uniformes, il pourra arriver que tel ou tel d'entre eux, sans se préoccuper de ce que les autres font, consacre les principes relatifs à l'autorité de la loi étrangère sur son propre territoire. C'est ainsi que le législateur italien, a codifié les règles destinées à résoudre les conflits entre notre législation et les lois étrangères.

Cette initiative généreuse et libérale est certainement louable, d'autant plus que le législateur italien n'a subordonné l'application des règles ainsi consacrées à aucune condition de réciprocité. Nous devons ajouter, que les règles admises par notre législateur, bien que relatives aux rapports internationaux, ne perdent pas le caractère de loi interne.

Il est vrai que, lorsqu'un État proclame par un acte unilatéral les principes du droit international, en les sanctionnant par une loi constitutionnelle ou pour des lois particulières, il prend l'engagement d'en assurer l'observation et de les considérer comme obligatoires, tant que la loi qu'il a rendue n'aura pas été abrogée ou modifiée. Il est dès lors important qu'un État puisse contracter une obligation internationale au moyen d'un acte unilatéral. Aussi, tant que les dispositions de droit international privé consacrées dans le Code italien seront en vigueur, l'observation devra en être considérée comme obligatoire pour l'État italien, pour les juges et pour les personnes soumises à l'empire de nos lois. Néanmoins, si les autres États, suivant l'exemple de l'Italie, consacraient les mêmes règles de droit international dans leurs lois internes, cela ne pourrait pas avoir pour effet d'attribuer aux diverses lois particulières le caractère de législation internationale.

Les règles de droit international proprement dites ne peuvent être converties en règles de droit positif, qu'en vertu du *consensus gentium*, et dès lors on ne pourra établir un droit international uniforme pour résoudre les conflits entre les lois d'États différents qu'au moyen des traités généraux, auxquels ces États auront été parties.

PARTIE GÉNÉRALE

Nous étant proposé de rechercher la loi applicable pour régler chaque rapport juridique, toutes les fois qu'il peut être régi par des lois positives différentes et contraires, nous avons cru utile d'examiner d'abord la question au point de vue général, et de déterminer la loi, à laquelle doivent être soumis les rapports juridiques qui concernent l'état des personnes, les droits et les rapports de famille, les droits patrimoniaux et la forme des actes. Nous traiterons dès lors dans des chapitres séparés :

De la loi personnelle ;

De la loi de la famille ;

De la loi réelle ;

De la loi qui doit régir les rapports dérivant de la succession ;

De la loi qui doit régler les droits résultant des obligations ;

De la loi qui doit servir à déterminer la forme des actes ;

Des lois d'ordre public.

Finalement, nous examinerons comment la loi étrangère doit être portée à la connaissance du juge qui doit l'appliquer.

En déterminant la loi, à laquelle doit être soumise en général chaque institution juridique, c'est-à-dire en fixant les limites de l'autorité de cette loi, on facilitera la solution particulière des difficultés, qui peuvent naître chaque fois que des lois positives différentes et contraires se trouvent en concurrence.

CHAPITRE PREMIER

DE LA LOI QUI DOIT RÉGIR L'ÉTAT ET LA CAPACITÉ JURIDIQUES DES PERSONNES.

41. Conception générale de l'état et de la capacité juridiques. — 42. Nécessité de faire régler l'état de la personne par une loi unique. — 43. Désaccord entre les jurisconsultes du moyen-âge relativement à la conception de la loi du domicile. — 44. Opinion de Froland. — 45. D'Huber. — 46. De Boullenois. — 47. De Henry. — 48. Auteurs partisans du domicile actuel. — 49. Observations critiques sur la théorie des juristes modernes. — 50. Désaccord des législations des divers États. — 51. Législation française. — 52. Droit en vigueur en Autriche et dans d'autres États. — 53. Il est plus raisonnable que chacun reste partout soumis à la loi de l'État, dont il est citoyen. — 54. Cette théorie est conforme au droit romain. — 55. Considérations de Savigny. — 56. Inconvénients qui dérivent du système qui donne la préférence à la loi du domicile. — 57. Comment ces inconvénients pourraient être évités dans notre système. — 58. Dans quels cas le domicile peut-il avoir de l'importance. — 59. De la personne qui n'a ni domicile, ni qualité de citoyen d'aucun État. — 60. Comment nos principes doivent-ils s'appliquer à la capacité juridique et aux autres droits qui en dérivent. — 61. Réfutation de l'opinion contraire. — 62. Autorité des auteurs favorables à notre système. — 63. Exception à la règle établie.

41. — L'état de la personne est l'ensemble des qualifications juridiques, que la loi attribue à l'individu considéré en lui-même et dans ses relations avec la famille et avec l'État.

Toute loi détermine la condition juridique des personnes et les circonstances de nature à constituer ce que l'on appelle le statut personnel. Ainsi, chacun est qualifié, suivant la loi, de citoyen ou d'étranger, d'époux ou de célibataire, de père, de fils légitime ou naturel, de majeur ou de mineur, d'interdit, de pourvu d'un conseil judiciaire ou d'émancipé.

Chaque législateur détermine en outre les droits et les devoirs qui dérivent de l'état personnel, soit entre les personnes de la famille entre lesquelles les relations d'état personnel sont établies, soit entre l'État et les citoyens. Ainsi, il attribue à une catégorie de ces personnes certains droits ou certaines facultés et à d'autres certains devoirs et certaines charges. De là, il résulte que parmi ces personnes, les unes ont pouvoir et autorité sur d'autres et aussi sur les biens de ces dernières, et que les autres subissent certaines restrictions relativement à la capacité de faire certains actes, d'administrer leurs biens et d'en disposer.

Le droit pour chacun d'exercer son activité propre suivant les règles établies par la loi, à laquelle il est soumis, constitue la capacité juridique de la personne. Cette capacité est toujours connexe à l'état personnel, parce que cet état est toujours le fait juridique primordial, en considération duquel le législateur attribue à l'individu une capacité donnée et des droits déterminés.

42. — Tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître la nécessité supérieure de soumettre l'état personnel à une loi unique. Tous ont reconnu que si l'état et la capacité juridiques de la personne pouvaient varier, suivant les divers pays dans lesquels elle allait séjourner, cela rendrait tous les droits de cette même personne incertains et changeants. Il en résulterait en effet la conséquence absurde, que le même individu serait ici majeur et là mineur, ici *sui juris*, là *alieni juris*, ici soumis à la puissance maritale et au besoin à une autorisation pour faire des actes valables, là exempt de toute autorité. Les auteurs anciens, qui admettaient le principe de l'autorité territoriale exclusive de chaque loi, pour écarter cette contradiction, firent une exception pour les lois réglant l'état des personnes. Ils soutinrent que la nécessité sociale de rendre l'état personnel certain et stable devait faire admettre l'autorité exterritoriale des lois qui déterminent les qualifications juridiques, l'état et la capacité des personnes,

et ils conclurent, *ob reciprocam utilitatem*, que ces lois, qu'ils qualifièrent de statut personnel [1], devaient régir partout la personne.

43. — Les jurisconsultes du moyen-âge cessaient d'être d'accord lorsqu'il s'agissait de déterminer la loi d'après laquelle on devait fixer l'état personnel et l'extension à donner aux lois personnelles ou statut personnel. Ce second point de discussion acquit une grande importance (ainsi que nous l'avons déjà dit précédemment), parce qu'étant admis qu'on ne dérogeait à la règle *lex non valet ultra statuentis territorium* que pour les lois personnelles seulement, il était décisif de dire si une disposition donnée devait appartenir au statut personnel ou au statut réel. En effet, de là dépendait l'autorité exterritoriale de cette loi. Mais ce n'est pas ici le lieu de traiter de cette matière.

Relativement au premier point, il pourrait sembler qu'il n'existait aucune divergence, puisque tous les auteurs admettaient que le statut personnel devait être celui du domicile de la personne. En effet, de Boullenois, Rodenburgh, Hertius, Froland, Bouhier, Voët, Pothier et tous les autres juristes sont si bien d'accord pour professer la même théorie, qu'à notre époque, certains jurisconsultes de valeur, pour soutenir la prépondérance de la loi du domicile, ont écrit qu'elle était conforme à la *communis opinio* des auteurs du moyen-âge.[2]

Mais, pour quiconque regarde au fond des choses, il apparait clairement que lorsqu'il s'agit de déterminer la règle pour fixer le statut personnel, la *communis opinio* des auteurs anciens disparaît, et qu'ils se divisent comme ceux de notre époque, en deux écoles.

[1] Le mot *statut* signifie disposition de loi. Ce mot pris dans un sens général a été employé pour désigner toutes les dispositions dans leur ensemble, et les législations qui régissaient chaque pays ont été qualifiées *statuts*. Il en est résulté que toutes les dispositions de lois relatives à la personne furent dénommées *statut personnel* et celles relatives aux choses, *statut réel*.

[2] Voir Gabba, *Annali di giurisprudenza italiana*, 1866-1867, 3e partie.

Nous devons faire remarquer que la loi du domicile, eu égard au droit moderne, ne saurait être admise comme autrefois, quand chaque ville était régie par son propre statut et quand la France seule avait plus de 300 coutumes, qui différaient entre elles sur les points les plus graves, tels que, par exemple, l'époque de la majorité, les droits et les rapports de famille, la faculté de disposer à titre gratuit. Alors que la solution de questions aussi importantes pouvait varier, suivant que l'on appliquait tel ou tel statut, les auteurs ne pouvaient certainement pas soutenir, que l'on devait préférer pour les résoudre la loi nationale, ou celle de l'État auquel l'individu appartenait comme citoyen. Le rapport entre la personne et sa propre loi s'établissait toujours d'après le domicile. Aussi, les jurisconsultes du moyen-âge parlaient-ils toujours de la loi du domicile, comme de celle qui devait constituer le statut personnel. Toutefois, le désaccord entre eux provenait de ce que les uns pensaient qu'on devait considérer comme loi personnelle celle du domicile d'origine, tandis que d'autres soutenaient que l'on devait considérer comme telle celle du domicile actuel de la personne.

La question capitale, qui établit la vraie différence entre les deux écoles, est celle de savoir, si après le changement du domicile, on doit appliquer la loi du nouveau domicile ou celle du domicile primitif.

Or, pour la solution de cette question, les uns soutiennent sans équivoque, que l'état et la condition juridiques des personnes doivent être régis par la loi du domicile d'origine, d'autres, au contraire, par celle du domicile actuel.

44. — Froland, qui est cité par tous les auteurs comme le partisan le plus déterminé de la loi du domicile, quand il traite la question de savoir si à la suite du changement de domicile, l'état de la personne doit être réglé par la loi nouvelle, dit que : « Si l'on parle de l'état de la personne *abstracto ab omni materia reali*, la loi qui a commencé à fixer

sa condition, c'est-à-dire la loi du *domicile d'origine*, conservera sa force et son autorité partout où la personne ira demeurer; qu'ainsi, si d'après la loi du domicile d'origine, une personne devient majeure à 21 ans, et si cette personne va se fixer dans un autre pays où la majorité commence après 25 ans, elle sera partout majeure à 21 ans, et que, dans le nouveau domicile, elle pourra aliéner, vendre, hypothéquer, contracter à son gré. [1]

45. — Huber formule sa doctrine de la façon suivante ; *Qualitates personales certo loco alicui jure impressas, ubique circumferri et personam comitari cum, hoc effectu ut utique locorum eo jure, quo tales personæ alibi gaudent vel subjectæ sunt, fruantur et subjiciantur.* Dès lors, ajoute-t-il, ceux qui sont soumis chez nous à la tutelle ou à la curatelle comme les mineurs, les prodigues, les femmes mariées, seront obligés d'être partout sous la puissance du tuteur ou du mari, et auront la possession et la jouissance des droits que notre loi attribue aux personnes soumises à la tutelle. *Qui prodigus hic est declaratus, alibi contrahens, valide non obligatur, neque convenitur.* Au contraire, ceux qui, d'après la loi d'un pays donné, sont majeurs à 21 ans doivent exercer tous les droits attachés à la majorité, même dans les pays où la majorité est fixée à 25 ans, parce que tous les autres gouvernements doivent assurer l'observation des lois et des prescriptions des autres pays, pourvu qu'elles ne causent aucun préjudice à leurs propres sujets ou à leurs propres lois. [2]

La théorie de Huber, qui au fond n'est pas différente de la nôtre, est la conséquence des principes généraux qu'il pose comme axiome : *Rectores imperiorum*, dit-il, axi. 3, *id comiter agunt, ut jura cujusque populi intra terminos ejus exercita teneant ubique suam vim, quatenus nihil*

[1] Froland, *Mémoire concernant la nature et la qualité des statuts*, Ch. VII, § 13, p. 171.
[2] Huber, *De conflictu legum*, Liv. I, tit. III, § 12.

potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium præjudicetur. [1]

46. — De Boullenois n'est pas très explicite pour résoudre cette question. Il dit en premier lieu que les qualifications personnelles qui dépendent de la loi pour des motifs généraux reconnus par toutes les nations, une fois imprimées à la personne, l'accompagnent même lorsqu'elle change de domicile. Telles sont d'après lui notamment l'interdiction, la prohition de faire certains actes pour infirmité mentale et la légitimité. Quant aux autres qualifications, qui dépendent de dispositions particulières, telles que la puissance paternelle et la prohibition faite à la femme mariée par le sénatus-consulte Velléien, il soutient qu'elles dépendent de la loi du domicile actuel.

En ce qui concerne la majorité, voici ce qu'il écrit : « Quelle coutume doit déterminer la majorité ou la mino- « rité ? Sur cette question il ne peut y avoir de combat qu'en- « tre la coutume du domicile actuel et celle du jour de la « naissance. Dans mes dissertations mixtes j'ai fait voir « que *c'était le domicile des père et mère au jour de la « naissance qui devait l'emporter*, parce que la loi acqué- « rait sur un enfant, qui naît de parents domiciliés dans l'é- « tendue de son territoire, un droit de veiller pour lui-même, « et *que ce droit de protection la met en état de suivre « cet enfant partout où il peut aller...* Le lieu de la nais- « sance imprime certainement dans le sujet une note indé- « lébile. » [2]

47. — Il y a lieu de mentionner parmi les auteurs, Henry, jurisconsulte anglais du XVIIe siècle. Voulant indiquer la raison pour laquelle doit prévaloir la loi du domicile d'origine, il dit que chaque État ou nation doit être présumé le plus

[1] Id., *ibid.*, Liv. I, tit. I, § 12.
[2] *Traité de la personnalité des lois*, Tit. I, Ch. II, obs. IV, p. 53.

capable pour apprécier les circonstances physiques du climat et de toute autre nature, et pour décider quand les facultés du citoyen sont physiquement et moralement développées de façon à le mettre en état de pourvoir à ses propres intérêts.[1] Cette argumentation est aussi celle d'autres jurisconsultes, comme le fait observer l'américain Story.[2]

48. — Parmi les auteurs, qui soutiennent manifestement que l'état et la condition juridiques des personnes doivent être régis par la loi de leur domicile actuel, nous citerons Hertius, qui s'exprime ainsi : *hinc status et qualitas personæ regitur a legibus loci cui ipsa sese per domicilium subjecit. Atque inde etiam fit, ut quis major hic, alibi, mutato scilicet domicilio, incipiat fieri minor.*[3] Cette opinion est partagée par Paul et par Jean Voët, par Burgondius et par Rodemburg, lequel s'exprime ainsi : *Personæ enim status et condictio cum tota regatur a legibus loci, cui illa sese per domicilium subsiderit, utique mutato domicilio mutari et necesse est personæ condictionem.*[4] Pothier aussi, est très explicite sur ce point : « *Le changement de domicile*, dit-il, *dé-*
« *livre les personnes de l'empire des lois du lieu du domicile*
« *qu'elles quittent et les assujettit à celles du lieu du nou-*
« *veau domicile qu'elles acquièrent.* »[5]

49. — De ce que nous venons de dire, il résulte clairement, que l'opinion des auteurs modernes, qui considèrent l'individu comme soumis partout à la loi de sa patrie, loin d'être contraire à la *communis opinio*, trouve au contraire une base solide dans la doctrine des jurisconsultes du moyen-âge, qui voulaient qu'on préférât toujours la loi du domicile d'origine. On ne saurait néanmoins méconnaître que le sys-

[1] Henry, *On foreign Law*, p. 5-6.
[2] Story, *Conflict of Laws*, Ch. IV.
[3] Hertii, *Opera de collisione legum*, § 4, nº 5, p. 122.
[4] P. Voët, *De stat.*, § 4, Ch. II, nº 6 ; Rodenburg, *De diversitate stat.*, tit. 2, p. 2, Ch. I, nº 3.
[5] Pothier, *Cout. d'Orléans*, Ch. I, nº 13.

tème de la loi du domicile ne soit soutenu par des auteurs d'une grande autorité, tels que Savigny, Story et Demangeat.[1] Toutefois, on en compte un bien plus grand nombre, qui admettent que c'est la loi de l'État dont l'individu est citoyen, qui doit régler sa condition civile et sa capacité personnelle.[2]

50. — Les législations sont divisées comme les auteurs en ce qui concerne la loi qui doit régler l'état et la capacité juridiques des personnes.

Le principe de la territorialité des lois était consacré dans le code du royaume des Deux Siciles, dont l'article 5 disposait que, « Les lois obligent tant ceux qui habitent le terri« toire du royaume, qu'ils soient citoyens, ou bien étrangers « domiciliés ou passagers. »

[1] Savigny, *Système du Dr. romain*, T. VIII ; Story, *Conflict of Laws*, Toutefois, ce dernier auteur est partisan du domicile d'origine, voir p, 52. Le plus explicite est Demangeat, qui posant la question de savoir si l'on doit appliquer la loi française ou la loi nationale à l'étranger domicilié en France, s'exprime ainsi : « Nous croyons que le domicile doit l'emporter sur la nationalité », note A sous le n° 29 de Fœlix.

[2] Voir Merlin, *Répert.*,, V° *Majorité*, § 4 ; *Autorisation maritale*, § 10, art. 4 ; Pardessus, *Dr. commercial*, T. VI, n° 1482 ; Aubry et Rau, *Cours de Dr. civ. français*, § 31 ; Delvincourt, T. I, § 194 ; Wheaton, T. I, Ch. II, § 6 ; Calvo, *Dr. internat.*, § 212 ; Heffter, *Dr. internat*, § 59 ; Asser, *Dr. internat. privé* ; Laurent, *Dr. civ. internat.*, T. I ; Durand, *Dr. internat. privé* ; Pradier-Fodéré, *Traité de droit international*, T. III, § 1701 ; Bar, *Das internat. privat und Straftrecht.*

Tous les juristes italiens soutiennent chaudement que le statut personnel doit être déterminé d'après la loi nationale de chacun. Cela est si vrai que cette théorie est connue aujourd'hui sous la dénomination de théorie de l'école italienne. Pescatore fut un des partisans de cette doctrine dans son ouvrage, *La logica del diritto*, de même que Casanova dans son *Diritto internazionale* ; mais le défenseur le plus ardent de cette doctrine fut Mancini, qui comme membre de la commission, qui élabora le Code civil italien, contribua à la faire consacrer législativement, et qui de plus amena l'Institut de droit international à la proposer comme règle de droit international.

Mommssen, dans son *Archiv. für civ. praxis*, LXI, p. 152, émet le vœu que le nouveau code pour l'empire d'Allemagne consacre le principe de la préférence de la loi nationale à celle du domicile, laquelle, comme l'a fait remarquer Savigny, a acquis dans les temps modernes la force d'un véritable droit commun en Allemagne.

Le système qui donne la préférence à la loi du domicile se trouve admis dans la législation de la Grande-Bretagne et dans celle de l'Amérique du Nord.

Le Code prussien contient la disposition suivante : « Les « qualifications personnelles et la capacité de chacun sont « réglées par la loi du lieu où la personne a son domicile « réel » (art. 23). Cette disposition concerne les sujets prussiens ; et elle ne fait aucune distinction, suivant qu'ils exercent leurs droits, soit dans une des provinces soumises à la Prusse et régies par une loi différente, soit en pays étranger.

Relativement aux étrangers, la même loi dispose de la façon suivante : « Les sujets d'États étrangers qui résident ou « font des affaires en Prusse doivent être également jugés « suivant les dispositions précédentes » (art. 34).

Par conséquent, la loi à laquelle la personne est par elle-même soumise est, d'après la loi prussienne, celle du lieu où la personne est domiciliée. Toutefois, il est fait à cette règle générale une exception spéciale relative à la capacité de contracter. Le législateur, considérant que les citoyens peuvent ignorer la loi en vigueur au lieu du domicile de la personne avec laquelle ils contractent, a établi que, « les « étrangers qui contractent en Prusse sur des objets qui s'y « trouvent, doivent être jugés relativement à leur capacité « de contracter d'après la loi la plus favorable à la validité « du contrat » (art. 35). En conséquence, un contrat fait à Berlin par un français majeur de 21 ans est valable, parce que la loi française fixe la majorité à 21 ans accomplis, et un contrat fait par un individu âgé de 21 ans et domicilié dans un pays régi par le droit romain est aussi valable, parce que bien que la loi de son domicile fixe la majorité à 25 ans, on appliquerait la loi prussienne.

51. — Dans la législation française, nous trouvons le principe par nous admis consacré à l'égard des français résidant à l'étranger, mais non des étrangers résidant en France. L'article 3, paragraphe 3 du Code civil français est, en effet,

ainsi conçu : « Les lois qui se rapportent à l'état et à la capacité « des personnes régissent les français même résidant en pays « étranger ». Dès lors le français ne peut pas, en pays étranger, stipuler valablement des actes de toute nature, qu'il serait incapable de stipuler en France, même lorsqu'il serait capable d'après la loi du pays où il se trouverait. De même, d'autre part, le français ne peut en aucun cas se prévaloir en France des dispositions d'une loi étrangère, pour contester, au point de vue de sa capacité, la validité des actes par lui passés à l'étranger. Mais la disposition du paragraphe 3 de l'article 3 peut-elle aussi s'appliquer aux étrangers qui résident en France ? Seront-ils sous l'empire de leurs lois nationales pour tout ce qui concerne leur état et leur capacité, ou bien, suivant l'opinion de certains auteurs,[1] après l'autorisation à eux accordée par le gouvernement d'établir leur domicile en France, seront-ils régis par la loi personnelle française ?

Les rédacteurs du Code civil se sont abstenus de résoudre cette importante question. Ils n'ont pas formellement prescrit l'application des lois étrangères dans les contestations relatives à l'état et à la capacité juridiques des étrangers, peut-être par crainte d'établir une règle qui aurait pu compromettre des intérêts français dignes de protection. Merlin est d'avis que, du principe qui établit que les lois françaises relatives à l'état et à la capacité des personnes régissent les français même résidant à l'étranger, il résulte naturellement par voie de réciprocité que les lois qui règlent l'état et la capacité des étrangers les suivent en France et que c'est d'après ces lois que les magistrats doivent juger.[2] Les auteurs français et la jurisprudence française admettent ce principe ; mais il est certain que la législation n'écarte pas les équivoques, qu'il est laissé beaucoup à l'appréciation des magistrats, que d'éminents jurisconsultes ont fait au principe gé-

[1] Demangeat, *Condition des étrangers en France*, p. 81.
[2] Merlin, *Répert.*, V° *Lois*, § 6.

néral plusieurs exceptions et que finalement, si les tribunaux français, sans motifs suffisants, refusaient d'appliquer la loi nationale des étrangers, ils ne pourraient pas, pour ce seul motif, être considérés comme violant la loi française ni encourir la censure de la Cour de cassation, parce qu'il n'existe dans la loi aucune prescription formelle.

Quoi qu'il en soit, il est hors de contestation que cette règle est applicable aux Italiens en vertu de l'article 11 du Code civil français, qui dispose que les étrangers jouiront en France des mêmes droits civils qui seront accordés aux Français par l'État auquel ces mêmes étrangers appartiennent. Or, comme aux termes du Code civil italien les français peuvent demander en Italie l'application de la loi française dans toutes les questions relatives à l'état, à la capacité et aux rapports de famille, l'application de la loi italienne aux Italiens résidant en France relativement à ces mêmes rapports est rendue obligatoire aux termes de l'article 11 précité.

52. — D'après le Code autrichien §§ 4 et 34, la loi du domicile est applicable à l'égard des étrangers, qui ont fixé en Autriche leur domicile, tandis que pour les autrichiens établis à l'étranger, on admet qu'ils doivent être partout régis par la loi autrichienne.

Le système qui accorde la préférence à la loi de l'État dont l'individu est citoyen se trouve principalement consacré dans le Code civil italien, qui dispose ainsi (art. 6) : « L'état et la « capacité des personnes et leurs rapports de famille sont « réglés par la loi de la nation à laquelle ils appartiennent. »[1]

[1] Comme nous l'avons dit dans un autre ouvrage (*Droit public internat.* T. II, liv. IV, chap. VI), le législateur italien, en proclamant la loi nationale comme loi personnelle, n'a pas été strictement exact d'après le langage juridique. Nous regrettons aussi que cette même expression ait été employée dans les règles proposées par l'Institut de droit international. Nous ne pouvons nous dispenser de faire observer que cette expression est peu exacte et qu'il aurait mieux valu dire *la loi de l'État dont chacun est citoyen* pour prévenir toute équivoque. Il est vrai que dans les temps modernes on emploie concurremment les mots Etat et Nation, national et ci-

Dans le Code néerlandis de 1829, on trouve consacré le principe que la loi nationale accompagne partout les néerlandais (art. 6).

De même, la loi générale allemande sur la lettre de change § 84, dispose que la capacité de s'obliger par lettre de change doit être appréciée d'après la loi nationale. La même disposition se trouve dans la loi danoise, § 84 et dans le Code fédéral suisse des obligations, § 822.

Le Code civil du canton de Berne consacre aussi le système de la loi nationale, car il dispose ainsi (art. 4) : « Les « lois civiles s'appliquent aux personnes et aux choses sou- « mises à la souveraineté de l'État. Toutefois les citoyens « bernois à l'étranger et les étrangers à Berne seront jugés « quant à leur capacité personnelle suivant les lois de leur « patrie respective. Les formes des actes seront jugées sui- « vant la loi du pays où ils auront été stipulés. »

53. — Malgré une telle diversité parmi les dispositions du droit positif, il est un fait digne de remarque que l'on peut désormais considérer comme une règle de droit commun pour tous les États de l'Europe, que les lois relatives à l'état et à la capacité juridiques suivent partout le citoyen. La juste conséquence de cette règle serait l'autre règle réciproque, que l'état et la capacité juridiques de l'étranger devraient être réglés par la loi de l'État, dont il serait citoyen. Cette règle nous semble du reste la plus conforme aux principes rationnels, et voici les arguments principaux qu'on peut faire valoir en sa faveur.

toyen, et que dès lors la loi nationale équivaut à la loi de l'Etat ; mais on ne peut méconnaître, qu'en prenant dans son sens strictement juridique l'expression *loi nationale*, elle aurait une signification différente de celle que le législateur a voulu lui attribuer. Quelle est par exemple la loi personnelle des Polonais, des Bohêmes et des Italiens encore soumis à l'Autriche?

Ces nations ayant leur législation nationale, ne devrait-on pas leur appliquer à chacune leur loi nationale ?

Au contraire, en disant que l'on doit leur appliquer la loi autrichienne, on en arrive à préjuger la question de la nationalité comme si la nationalité de ces populations était la nationalité autrichienne.

C'est un fait général que chaque individu naît citoyen d'une patrie et que la qualité de citoyen établit un rapport permanent entre la loi et l'individu. Celui-ci acquiert sa personnalité civile en conformité de la loi de sa patrie, laquelle détermine, quand la personne juridique existe, si chacun doit être réputé fils légitime, naturel ou adultérin, quels sont les droits et les devoirs qui appartiennent à l'individu dans ses rapports avec la famille, avec le patrimoine et avec l'État.

La qualité de citoyen étant en rapport libre, volontaire et permanent, tant que l'individu ne devient pas citoyen d'un autre État, il paraît plus conforme au respect dû à la personnalité humaine, que celle-ci soit partout régie par la loi de l'État dont il est citoyen. On ne saurait en effet supposer que ce rapport vienne à se rompre par le fait de la résidence ou même du domicile en pays étranger. L'étranger domicilié continue en effet à être citoyen de son pays, et comme il ne perd pas son caractère national, et que, par suite du domicile, il ne rompt pas les liens qui le rattachent à la souveraineté nationale, il peut non seulement revendiquer le droit de demeurer sous la protection de son souverain national, mais encore exiger que sa condition juridique, sa capacité et ses droits, tels qu'ils sont déterminés par la loi de sa patrie, soient reconnus et respectés, non en vertu des traités, mais en vertu des principes supérieurs de justice, qui doivent régler les rapports entre les États et le libre développement de la personnalité humaine. D'autre part, le souverain territorial ne peut pas prétendre que le rapport entre l'individu et sa loi personnelle doive être considéré comme un rapport géographique, de façon à soumettre, d'une façon absolue, l'étranger qui demeure sur le territoire à la loi qui y est en vigueur. On ne saurait supposer que l'étranger, par le simple fait du domicile, ait pu acquérir les habitudes, le caractère, les qualités fondamentales juridiques, sur lesquelles se fondent en grande partie les lois qui règlent l'état et la capacité juridiques des personnes. On doit au contraire supposer que ces qualités et ce caractère sont permanents, comme la qualité

de citoyen, et le souverain territorial ne peut avoir aucun intérêt à soustraire l'étranger à l'empire de sa loi naturelle, et à lui imposer des lois faites pour ses propres citoyens. Son droit unique est d'empêcher que l'étranger n'exerce ses droits sur le territoire qui lui est soumis en vertu de la loi de son pays, lorsque l'exercice et la reconnaissance de ces droits est contraire aux principes d'ordre public et de droit public en vigueur sur le territoire.

84. — De là nous concluons que le système qui donne la préférence à la loi nationale est en principe le plus conforme aux principes rationnels. [1] Nous dirons ensuite avec quelles restrictions nous l'admettons. Nous trouvons utile de noter que certains principes du droit romain, qui concernent indirectement la question dont nous nous occupons, sont conformes à notre opinion.

Suivant une règle de droit, consacrée par un sénatus-consulte du temps d'Adrien, l'enfant né d'un mariage contracté *secundum leges moresque peregrinorum* suivait la condition du père, quand à l'époque de la naissance la mère seule, et non le père, avait obtenu le droit de citoyen romain. *Pe-*

[1] Les arguments invoqués par les auteurs, qui considèrent comme loi personnelle celle du domicile d'origine, peuvent être invoqués à l'appui de notre opinion. Story, après avoir exposé la théorie de ces auteurs, rapporte entre autres, l'opinion de Henry, qui s'exprime ainsi :

« The reason given by those civilians, who hold the opinion, that the « law of the domicil of birth ought in all cases to prevail over the law of « the place of the actual domicil in fixing the age of majority, and that « it remains unalterable by any change of domicil, is, that each state or « nation is presumed to be the best capable of judging from the physical « circumstances of climate or otherwise when the faculties of its citizens « are morally or civilly for the purposes of society ». La raison des civilistes, qui pensent que, pour fixer l'époque de la majorité, dans tous les cas la loi du domicile d'origine doit prévaloir sur celle du domicile actuel, et qu'elle doit être inaltérable nonobstant les changements successifs de domicile, c'est que chaque Etat ou nation doit être présumé le plus compétent pour juger suivant les circonstances physiques de climat et autres semblables, quand les facultés de ses citoyens sont moralement et civilement parfaites. Story, *Conflict of Laws*, § 72.

regrina si vulgo conceperit, deinde civis romana facta sit et pariat, civem romanum parit : si vero ex peregrino cui SECUNDUM LEGES MORESQUE PEREGRINORUM CONJUNCTA EST, *videtur... peregrinus nasci.*[1] Dès lors, le *status* des *legitime concepti* était réglé *secundum leges moresque peregrinorum* à l'époque de la conception.

L'obligation du *fidepromissor* ne passait pas aux héritiers comme celle du *fidejussor* ; toutefois on admettait une exception quand le *fidepromissor* était un *peregrinus*,et que la loi positive de sa cité était différente de la loi romaine. *Sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur,nisi si de peregrino fidepromissore quæramus,* ET ALIO JURE CIVITAS EJUS UTATUR.[2]

Ceux qui n'étaient ni *cives* ni *latini*, mais seulement *peregrini* et avec certaines restrictions (*dedititiorum numero*) ne pouvaient pas faire à Rome un testament valable,ni comme citoyens romains, parce qu'il n'en avaient pas le titre, ni comme pérégrins, parce qu'ils n'étaient citoyens d'aucune cité : *Is qui dedititiorum numero est, testamentum facere non potest, quoniam nec quasi civis romanus testari potest, cum sit peregrinus nec quasi peregrinus,*QUONIAM NULLIUS CERTÆ CIVITATIS CIVIS EST,UT ADVERSUS LEGES CIVITATIS SUÆ TESTETUR.[3] Donc,s'ils appartenaient à une cité déterminée et si la loi de leur pays admettait le droit de tester,et fixait des règles spéciales pour l'exercice de ce droit, ils pouvaient faire à Rome un testament valable suivant les lois de leur patrie.

Des textes que nous venons de citer,on peut conclure que le droit de citoyen dans une cité déterminait pour chaque individu le droit local, auquel il était personnellement soumis et d'après lequel il devait être jugé.

55. — Nous ne nous arrèterons pas à reproduire les doctes considérations de Savigny[4] sur les différences importan-

[1] Gaius, *Comment.*, I, § 92.
[2] Id. *ibid.*, III, 120.
[3] Ulp., *Fragm.*. Tit. XX. § 14.
[4] Savigny, *Traité du Droit romain*, T. VIII, § 350 à 359.

tes de l'*origo* et du *domicilium* du droit romain. Nous nous contenterons de noter que l'empire romain était une vaste agglomération de communes urbaines, en grande partie municipes et colonies, et de communes secondaires, dont chacune avait sa constitution, plus ou moins indépendante, ses magistrats, sa juridiction et même sa législation spéciale. Telle fut d'abord l'organisation de l'Italie, qui devint au temps des grands jurisconsultes, c'est-à-dire au second et troisième siècles de l'ère chrétienne, l'organisation de tout l'empire, de façon que ses habitants appartenaient ou à la cité de Rome, ou à l'une de ces communes désignées sous la dénomination de *civitates* ou de *respublicæ*. Tout individu était en rapport immédiat avec la loi de sa propre commune, et ce rapport s'établissait, soit par la qualité de citoyen, soit par la résidence sur le territoire de la commune. La qualité de citoyen s'acquérait de différentes manières. *Municipem aut nativitas facit, aut manumissio, aut adoptio.*[1] Toutefois, la manière la plus ordinaire pour l'acquérir était la naissance, de telle sorte que ce rapport, aussi bien que le droit qu'il conférait, fut désigné par le mot *origo. Cives quidem origo, manumissio, allectio, vel adoptio, incolas vero domicilium facit.*[2] Les droits qui dérivaient de la naissance étaient bien différents de ceux qui résultaient de l'incolat : et juridiquement, les *municipes* et les *incolæ* étaient bien distincts : *jus originis* et *jus domicilii : forum originis* et *forum domicilii : patria* et *domus.*

Il est aussi à noter, qu'un individu pouvant appartenir à une cité par la naissance ou par le domicile, lorsqu'on voulait déterminer le droit local, qui lui était applicable, on préférait le droit de la cité à laquelle il appartenait par la naissance à celui de la cité où il était domicilié. « Je considère « comme incontestable, disait Savigny à la suite de savan- « tes recherches, que lorsqu'un individu avait le droit de

[1] *Dig.* I, 1. *Ad municip.*, L. I.
[2] *Cod.*. L. 7, *De incolis*, X, 39.

« cité et de domicile dans des villes différentes,la loi locale,
« par laquelle il était régi, était déterminée par le droit de
« cité et non par le domicile. Voici les raisons qui militent
« en faveur de cette opinion. Premièrement, en comparant
« le droit de cité au domicile, qui pouvait dépendre d'une
« volonté arbitraire et capricieuse, le droit de cité était par
« lui-même un lien plus étroit et supérieur. En second lieu,
« il était le plus ancien, parce qu'il remontait à l'époque de
« naissance, et le domicile ne pouvait être que le résultat
« d'un acte postérieur de libre volonté. Il n' avait donc pas
« de raison pour changer le droit territorial une fois établi
« pour la personne. Troisièmement,on lit dans les textes de
« Gaius : *si alio jure civitas ejus utatur*, et dans celui d'Ul-
« pien : *Quoniam nullius civitatis civis est* ; d'où il résulte
« que le droit territorial, auquel la personne était considé-
« rée comme soumise était celui de la cité et non celui du
« domicile. »

Le seul cas dans lequel, d'après Savigny, on appliquait la loi du lieu du domicile était celui où l'individu n'avait le droit de cité dans aucune ville.

De tout ceci, nous concluons que, bien que les décisions des jurisconsultes romains soient incomplètes,cependant la théorie moderne, qui donne tant d'importance à la loi de la patrie de chacun,a une grande analogie avec le droit romain. Cela est d'autant plus vrai que les Romains n'entendaient pas par le lieu de la naissance celui où l'enfant naissait matériellement : *Est autem originis locus in quo quis natus est, aut nasci debuit, licet forte re ipsa alibi natus esset, matre in peregrinatione parturiente.*

56. — Les inconvénients qui dérivent du système qui donne la préférence à la loi du domicile ont aussi pour résultat de nous confirmer dans notre opinion.

Les jurisconsultes ayant tous reconnu la nécessité de rendre stable et certain l'état de la personne, devraient également admettre que ce résultat est plus difficile à atteindre

en faisant tout dépendre du domicile. La notion du domicile n'est pas certaine et déterminée comme celle de la qualité de citoyen, et souvent il est difficile de décider si le siège principal ou le centre des affaires d'une personne et dont, dépend son domicile, est en un lieu ou dans un autre. Le changement du domicile peut avoir lieu facilement, et par conséquent entraîner le changement de l'état personnel. Il faut en outre considérer que l'aggravation de la condition juridique, qui peut résulter du changement du domicile, ne peut pas dans tous les cas se justifier, comme l'a soutenu Rocco, par la considération que l'individu, ayant volontairement quitté son domicile, doit s'imputer à lui-même le changement de sa loi personnelle. En effet, le changement de domicile peut être un fait nécessaire à l'égard de certaines personnes, telles que par exemple le mineur non émancipé et la femme mariée. Relativement à elles, l'aggravation de l'état personnel pourrait être la conséquence d'un simple changement du domicile du père, qui voudrait exercer d'une façon plus complète et plus avantageuse pour lui ses droits de puissance paternelle, ou de la part du mari, qui voudrait empirer la condition de sa femme. De même, aussi, un débiteur pourrait diminuer les garanties d'un créancier par un simple transfert de domicile.

57. — Nous reconnaissons que quelques-uns de ces inconvénients peuvent se réaliser, même dans le système qui admet la prépondérance de la loi nationale ; mais le rapport de la qualité de citoyen est plus certain, plus déterminé et plus permanent et nous ne trouvons aucune raison, même en présence des inconvénients inhérents aux deux doctrines, pour admettre que les rapports temporaires, qui s'établissent en vertu du domicile, puissent réduire à rien ceux plus intimes, plus certains et plus durables qui lient l'individu à la souveraineté et à la loi de sa patrie.

Du reste, pour écarter ces inconvénients, il suffirait que les États se missent d'accord sur les principes relatifs à l'ac-

quisition et à la perte de la qualité de citoyen et à l'influence que peut exercer à ce point de vue le domicile prolongé.

58. — Dans certaines législations, on trouve consacré le principe que le domicile, quel que prolongé qu'il soit, ne peut pas servir à l'acquisition de la qualité de citoyen. Tel est le cas de la législation italienne.

Nous ferons remarquer que, bien que le domicile et la qualité de citoyen soient deux rapports essentiellement distincts, et qu'en principe l'on ne puisse admettre qu'en transportant ailleurs le centre de ses affaires on soit à même de rompre les rapports avec sa patrie, néanmoins il est de fait que le noyau de l'association politique (l'unité morale qui trouve sa dernière expression dans la souveraineté) est formé de la population stable, et que la communauté de vie sociale et politique ne peut se réaliser que sous la condition de rapports réels et effectifs. Ces rapports ne peuvent pas être considérés comme rompus par le simple fait de transporter ailleurs le centre de ses affaires. Toutefois, lorsqu'une personne s'est éloignée de sa patrie avec l'intention manifeste de n'y plus revenir, qu'elle s'est fixée définitivement dans un pays, où l'établissement de son domicile, en raison de sa durée, a acquis une certaine fixité, et qu'elle n'a fait aucune déclaration expresse pour réserver sa qualité de citoyen originaire, alors on devrait présumer qu'après une certaine période (10 ans par exemple) la qualité originaire de citoyen est perdue, et qu'il en est acquis une nouvelle en vertu du domicile prolongé. On éviterait ainsi l'inconvénient de voir des individus, qui depuis de longues années se sont établis à l'étranger, invoquer l'application de la loi de leur patrie d'origine, avec laquelle ils ont complètement rompu toutes relations.

Les rapports qui dérivent du domicile peuvent en outre servir à déterminer la loi personnelle, lorsqu'on ne peut attribuer à la personne la qualité de citoyen d'aucun pays déterminé. Cette condition peut être celle de toutes les per-

sonnes, qui n'appartiennent pas à un État politiquement constitué et reconnu. Tels sont les individus provenant des régions intérieures de l'Afrique, ou ceux qui font partie de tribus nomades, et qui se sont établis dans un pays donné. Dans ce cas et dans tout autre, où l'on ne pourrait établir, à l'aide de la qualité de citoyen, le rapport entre l'individu et sa loi personnelle, il n'y a pas d'autre fait plus immédiat que celui du domicile.

Nous ferons remarquer que le rapport dérivant du domicile peut avoir aussi son importance pour déterminer la loi personnelle, s'il s'agit d'un étranger citoyen d'un État régi par des lois différentes, comme cela se produit notamment dans la Grande-Bretagne, où l'on rencontre une grande variété de législations en Irlande, en Écosse et en Angleterre. Dans cette hypothèse, outre le fait de la qualité de citoyen, il faut aussi établir celui du domicile, pour déterminer celle des lois différentes, qui régissent les diverses régions du même État, qui doit être appliquée de préférence.

59. — Il pourrait aussi arriver que l'on ne pût assigner à la personne ni qualité de citoyen d'un État, ni domicile. Ainsi, aux termes de la loi italienne, l'individu né dans le royaume de père et mère inconnus est citoyen italien. Mais si cet individu n'était pas né dans le royaume? S'il s'agissait d'un enfant abandonné par un voyageur qui voyageait en chemin de fer ? De même s'il s'agissait de quelqu'un sans domicile ? Dans ces hypothèses, lorsqu'il serait nécessaire de régler ou de déterminer la condition juridique de ces personnes, on ne pourrait faire autrement que de leur appliquer la loi du pays où elles séjourneraient. On ne peut certes pas admettre qu'une personne puisse se trouver dans la condition véritablement anormale de n'être soumise à aucune loi civile. Aussi, nous semble-t-il conforme aux vrais principes, en l'absence d'une loi de la patrie, de considérer comme loi subsidiaire celle du domicile, et quand l'individu n'a ni qualité de citoyen d'un État, ni domicile, de recon-

naître en lui le caractère de l'homme civilisé avec sa nature cosmopolite, soumis comme tel aux lois du pays où il séjourne.

60. — Les principes relatifs à la loi personnelle doivent s'appliquer, non-seulement pour déterminer la loi qui doit régler l'état, mais aussi celle qui doit régir la capacité juridique et les droits qui en sont la conséquence. On ne saurait en effet séparer une chose de l'autre, comme quelques auteurs ont cru pouvoir le soutenir. Il appartient à la loi, à laquelle chacun doit rester soumis, non-seulement de fixer l'état de la personne, mais de déterminer la condition juridique de celle-ci, et la faculté d'exercer certains droits, qui dérivent de l'état personnel. En acceptant la distinction que certains auteurs voudraient faire entre l'état et la capacité, et en admettant que pour décider quand un individu est marié ou célibataire, émancipé ou en tutelle on doive appliquer la loi personnelle, et que pour décider ensuite si la femme mariée a ou non besoin de l'autorisation du mari pour s'obliger valablement, ou si le mineur a besoin de l'assistance ou de la représentation du tuteur, ou de l'homologation du tribunal, on doive appliquer la loi du lieu, où l'acte juridique est accompli, on arriverait à rendre illusoire l'autorité de la loi, à laquelle la personne devrait partout rester soumise.

Quand la loi attribue à un individu l'état personnel, il ne reconnaît pas en lui une qualité abstraite, mais une condition juridique, dont dérive l'aptitude à devenir le sujet de droits et d'obligations. Par conséquent, la question d'état et de capacité juridiques sont si intimement liées, qu'elles ne peuvent se résoudre d'après des principes différents.

61. — Ceux qui soutiennent l'opinion contraire, disent, par exemple, que pour décider si un fils de famille doit être réputé ou non soumis à la puissance paternelle, on devra appliquer sa loi personnelle, mais que pour décider s'il peut valablement prêter de l'argent sans le consentement de son

père, s'il peut valablement se porter caution, etc., on doit appliquer la loi en vigueur dans le pays où ces actes sont passés. A l'appui de leur opinion, ils allèguent que les citoyens, ne pouvant pas reconnaître exactement de quels actes l'étranger pourrait être capable d'après sa loi personnelle, ils pourraient être lésés, s'il pouvait se prévaloir de cette loi pour invalider des actes valables d'après la loi du lieu où ils auraient été passés.[1] A ces arguments nous répondons que les citoyens doivent connaître, ou qu'on présume qu'ils n'ignorent pas que l'étranger bien qu'assimilé au citoyen pour l'exercice des droits civils, ne peut exercer ces droits que d'après la loi à laquelle il doit rester soumis quant à sa personne, et que dès lors sa capacité personnelle doit être appréciée d'après cette loi et non d'après la loi du lieu où il s'oblige. A supposer qu'il fût incapable aux termes de sa loi personnelle, cette incapacité ne pourrait pas être écartée en lui appliquant la loi territoriale.

62. — Pardessus dit avec raison : « Une personne déclarée incapable par la loi du pays dont elle est sujette, ne « peut être relevée de cette incapacité par l'application d'une « loi française. Elle n'est capable que dans les limites de sa « loi *nationale,* pour les actes qu'elle lui permet, et même « qu'en accomplissant les conditions prescrites par cette « loi. »[2]

De même, Zachariæ s'exprime ainsi : « Le juge français, « appelé à statuer sur la validité d'un acte passé par un

[1] Cette considération nous paraît très sérieuse. En effet, comment raisonnablement exiger d'un tiers qu'avant de contracter avec un individu étranger, il s'enquière de sa capacité aux termes de la loi nationale de cet individu ? Tout le monde en effet n'est pas jurisconsulte, et la loi doit répondre aux exigences de la vie pratique et, autant que possible, ne pas fournir un appui à la fraude, et ne pas mettre l'une des parties contractant de bonne foi à la merci d'une autre personne, qui après avoir fait son profit de la convention, pourra en rejeter les charges, en prétextant sa loi personnelle. — (Note du traducteur Ch. A.).

[2] Pardessus, *Dr. commercial*, T. IV, n° 1482, p. 239 (6e édit.).

« étranger, et attaqué par ce dernier pour cause d'incapacité « doit, en général, prendre pour guide de sa décision *la loi* « *nationale* de cet étranger. Ainsi un acte passé par un « étranger capable d'après la législation de son pays, doit « être maintenu par le juge français, bien que d'après la loi « française cet étranger fût dépourvu de la capacité néces- « saire. Réciproquement, les actes passés par un étranger « incapable d'après sa loi nationale doivent être annulés, « bien que, d'après la loi française, il jouissait de la capa- « cité requise. »[1]

63. — La seule exception que l'on doive admettre aux principes que nous venons d'exposer, c'est que l'application de la loi étrangère, même relative à l'état et à la capacité juridiques des personnes qui lui sont soumises, ne doit pas être admise, toutes les fois que l'application de cette loi aurait pour résultat la violation d'un principe d'ordre public ou de droit social consacré par le législateur du lieu où la loi étrangère devrait être appliquée. Nous indiquerons par la suite le véritable sens de cette exception.[2] Maintenant, nous croyons suffisant d'avoir établi la règle générale, que toute loi qui règle l'état et la capacité juridiques des citoyens doit avoir une autorité exterritoriale, sauf le cas où l'application de cette loi est contraire aux principes d'ordre public et de droit public territorial.

[1] *Cours de Droit civil français*, par Aubry et Rau, § 31, 2° (*a*), p. 92, (4e édit. 1869).
[2] Voir le ch. VII, où nous traitons de l'autorité territoriale du droit public et des lois d'ordre public.

CHAPITRE II

DE LA LOI QUI DOIT RÉGLER LES RAPPORTS DE FAMILLE ET LES DROITS QUI EN DÉRIVENT.

64. Idée générale des rapports de famille. — 65. Le mariage qui est la base de l'état de famille ne peut pas être régi d'après les mêmes principes que les rapports conventionnels. — 66. Le mariage a été différemment considéré en droit positif. — 67. Divergences des auteurs sur la détermination de la loi qui doit régler les rapports de famille. — 68. Le mariage ne peut être assimilé à aucun autre contrat. — 69. Opinion des auteurs qui voudraient tout faire dépendre de la loi du domicile matrimonial. — 70. Critique de cette théorie. 71. Notre opinion.

64. — Les rapports de famille sont la conséquence de l'état de famille. Cet état dérive principalement du mariage qui en est la base fondamentale, et qui attribue à l'homme et à la femme, l'état de mari et d'épouse, et aux personnes qui naissent de cette union celui de fils légitimes.

Les droits et les obligations qui dérivent de cette état, en sont la conséquence directe et constituent les rapports de famille. Ces droits et ces rapports pourraient aussi être compris sous la catégorie générale d'*état des personnes*. Il est néanmoins utile d'en traiter spécialement.

65. — L'état de famille a en effet sa base dans le mariage, qui est l'acte le plus solennel de la vie civile et qui, résultant du consentement des parties, possède quelques-uns des éléments du droit conventionnel. En effet, bien que l'existence légale du mariage soit soumise par les lois posi-

tives à des modalités diverses, en fait tous les législateurs s'accordent à considérer comme un caractère essentiel de l'union conjugale sa formation sous trois conditions, qui sont la capacité des parties contractantes de sexe différent, leur consentement respectif de s'unir comme mari et femme et la célébration solennelle de l'acte, par lequel l'union conjugale est établie.

Ces éléments, qui se trouvent dans les rapports conventionnels, pourraient induire à penser que dans la détermination de la loi qui doit régler le mariage, on devrait tenir compte uniquement des principes d'après lesquels on doit déterminer la loi des relations contractuelles. Cela n'est pas toutefois admissible, quand on considère que le mariage est l'institution sociale la plus importante, qu'il ne peut se confondre avec aucun des rapports contractuels, bien qu'il soit réalisé par le consentement réciproque des parties.

66. — Il faut en outre considérer, que le mariage, qui est la base de la société civile, a fait et fait encore l'objet des plus graves discussions, parce qu'il n'engage pas seulement les intérêts des parties contractantes et ceux de la nouvelle famille qui va en résulter, mais aussi ceux des tiers qui peuvent avoir des rapports avec celle-ci, et ceux de la société, ainsi que les principes de la moralité publique, qui sont connexes avec l'organisation de la famille.

D'après la conception qui prévaut dans certaines législations, le mariage, bien que constitué au moyen du consentement des parties, a été considéré comme une institution religieuse et perpétuelle, de manière que la sanction religieuse n'est pas réputée seulement nécessaire pour imprimer un caractère de moralité à l'union sexuelle, mais encore pour lui attribuer celui d'un fait juridique aux termes de la loi civile, de façon qu'il n'est considéré comme existant en tant qu'acte de l'état civil qu'à la suite de cette sanction. Dans d'autres législations, on a au contraire considéré le mariage comme un pur rapport civil entièrement indépen-

dant des croyances religieuses, et légalement constitué au moyen du consentement réciproque des futurs d'après les conditions et dans les formes requises par la loi civile. Conséquemment, d'après ces législations, le mariage est un contrat personnel et consensuel, qui toutefois ne peut être confondu avec aucun des autres contrats civils, ni soumis aux mêmes règles que ceux-ci. Aussi, dans certains pays, l'on considère comme indispensable pour sauvegarder les intérêts généraux de la société, de déclarer cette union perpétuelle et indissoluble jusqu'à la mort de l'un des époux. Dans d'autres pays, au contraire, on croit nécessaire pour protéger les intérêts mêmes de la société, d'admettre dans certains cas la dissolution du mariage par le divorce. Le divorce lui-même est subordonné à des conditions légales, qui diffèrent suivant les États et sont motivées par des considérations diverses.

Finalement, il faut considérer que les rapports de famille sont la base des rapports avec le patrimoine familial. Or, ces rapports ne sont pas assimilables à ceux concernant les biens, considérés d'une façon générale comme les objets du droit, car les droits relatifs au patrimoine familial sont soumis à des régles spéciales, qui trouvent leur fondement dans les rapports de famille. Par conséquent, tout conduit à conclure qu'il est indispensable de traiter à part des questions qui concernent les rapports et les droits de famille. Il ne serait, en effet, ni logique ni suffisant de comprendre ces rapports dans la catégorie générale de l'état des personnes.

67. — Les auteurs ont émis des opinions diverses relativement à la loi, qui doit régler le mariage et les rapports de famille. Les uns, estimant qu'on pouvait donner une importance prépondérante à l'autonomie des parties, ont admis que le mariage devait être régi par la loi du lieu où il a été établi, ou par celle à laquelle les parties contractantes se seraient référées pour le conclure. Cette doctrine, ad-

mise dans le droit anglo-américain,[1] trouve son fondement dans l'idée peu exacte que le mariage peut être assimilé à tout autre contrat. Les juristes américains se fondent, en effet, sur les mêmes règles, qu'ils appliquent aux contrats, et comme ils admettent que la soumission volontaire à la loi du lieu du contrat doit être réputée suffisante pour assujettir complètement la personne à cette loi, ils sont amenés à dire qu'il doit en être de même relativement au mariage. Ils disent de plus, que le mariage étant un acte de droit des gens, il est plus opportun dans la pratique de tous les peuples civilisés, que le juge, pour statuer relativement à la validité de cet acte, tienne compte de la loi en vigueur au lieu où il a été célébré.[2]

68. — Cette opinion ne peut certainement pas se justifier. En effet, même en considérant le mariage comme un contrat consensuel et personnel, on ne saurait jamais le mettre sur la même ligne que tous les autres contrats. Il embrasse tant d'intérêts (surtout ceux de l'État auquel la famille appartient) qu'on ne peut admettre qu'il soit laissé à l'arbitraire des époux de se soumettre en tout à la loi du lieu où l'acte est célébré, et encore moins que les futurs puissent à leur gré se soumettre à telle ou telle loi. La loi du lieu de la célébration du mariage peut règler les solennités et les formes, en vertu du principe *locus regit actum*, mais ce qui concerne la substance et les conditions essentielles de la validité du mariage ne peut être soumis aux règles qui ont trait aux formes extérieures de l'acte.

69. — L'opinion qui compte les partisans les plus sérieux

[1] Story dit : « Relativement au contrat de mariage, les décisions des « Cours anglaises ont établi la règle, qu'un mariage entre étrangers, vala- « ble suivant la loi du lieu où il a été célébré, est encore valable par- « tout. » 79, *Conflict of Laws*. Il rapporte beaucoup d'espèces jugées par les tribunaux anglais et américains, dans lesquelles cette règle fut appliquée.

[2] Voir l'affaire Scrimshire C. Scrimshire citée par Story, § 80.

est celle, que la loi du domicile matrimonial est applicable : elle est si généralement admise qu'on peut l'appeler la *communis opinio*. Bouhier, Burgundius, de Boullenois, Burge, Story, Savigny, Rocco [1] et beaucoup d'autres la défendent sans pour ainsi dire s'en rendre compte, tant le principe leur semble incontestable. Ce fait s'explique par la considération, qu'à l'époque où écrivaient les grands jurisconsultes de jadis les États étaient divisés en fractions territoriales exiguës, et que dès lors il ne pouvait exister d'autre règle, pour déterminer les droits des époux et les rapports de famille, à part celle du domicile matrimonial. Lorsque plus tard, par suite d'un besoin général d'ordre et d'unité législative, on eut rédigé les codes modernes, la même théorie continua à prévaloir, par l'effet de la continuité de la tradition scientifique et de la vie juridique des États, qui se considérant comme isolés, n'admettaient sur leur propre territoire l'application d'aucune loi étrangère. Cependant dans les temps modernes les conditions se sont notablement modifiées. Aussi, ne pouvons-nous partager l'opinion des jurisconsultes anciens sans en examiner le fondement.

Ses partisans invoquent l'autorité du droit romain, en citant les textes suivants : *Deductione enim opus esse in mariti non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii.* [2] *Mulieres honore maritorum erigimus, genere nobilitamus, forum ex eorum persona statuimus, et domicilia mutamus.* [3] *Exigere dotem mulier debet illic, ubi maritus domicilium habuit, non ubi instrumentum dotale conscriptum est. Nec enim id genus contractus est ut potius eum locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum*

[1] Bouhier, *Cout. de Bourgogne*, Ch. XXII, § 18, 28 ; de Boullenois. Observ. 36 ; Burge, *Comment. on colonial Law*, 1re partie, Ch. VI, § 2 ; Story, *Conflict of Law*, Ch. VI, § 189 et 194 ; Savigny, *Traité du Dr. Rom.*, § 379 ; Rocco, 3e part. Ch. XX.

[2] Dig., L. 5, *De ritu nuptiar.*, XXIII, 2.

[3] Cod., L. 13, *De dignitatibus*.

in cujus domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura. [1]

Ces textes ne se rapportent pas à notre cas. Ils ne supposent, en effet, aucune diversité dans les lois qui règlent le mariage, et déterminent seulement le lieu et le mode de l'exercice de certains droits et de certains rapports qui en dérivent. Pour nous, la question est toute différente, car il s'agit de déterminer parmi les diverses lois quelle est celle destinée à régler ces droits et ces rapports.

Savigny admet que le domicile du mari détermine le droit local du mariage, parce que le mari est le chef de la famille, et parce que le *vinculum juris* a son origine dans le domicile du mari ; et Rocco affirmait que, soit que le mari fût notre national, soit qu'il fût étranger ayant son domicile dans le royaume, on aurait dû lui appliquer nos lois modératrices du statut personnel des époux. [2]

70. — Il est vrai que l'opinion de ces deux éminents auteurs est la conséquence logique de leur doctrine commune sur la loi personnelle. Partant, en effet, du principe que le domicile détermine le droit spécial, auquel chaque personne est soumise pour son état et pour sa capacité juridiques, [3] ils devaient, pour être logiques, résoudre les questions relatives au droit de famille, en tenant compte de la loi du domicile matrimonial. Aussi Savigny, dit-il ; « Le véritable siège « du lien conjugal ne donne lieu à aucun doute : il est au « domicile du mari... C'est donc ce domicile qui détermine « le droit local du mariage. » [4] De même Rocco écrit : « Le « mariage crée entre les époux une double relation, l'une « personnelle, laquelle résulte de leur condition mutuelle et « de leur statut l'un à l'égard de l'autre ; la seconde réelle « qui découle des biens qu'ils possèdent. Et commençant par

[1] Dig., L. 65, *De judiciis.*
[2] Voir *loc. cit.*
[3] Savigny, *op. cit.*, §§ 339, 372 ; Rocco, 3e part., Ch. XXIX et XXX.
[4] Savigny, Traduct. Guenoux, 2e édit., p. 320.

« la première relation, à première vue l'on voit comment « les lois personnelles lui sont applicables. Il s'agit de con- « naître quel état et quelle condition doit avoir le mari, et « de même la femme. Et chacun se persuade facilement que « la loi du domicile doit seule pourvoir à cela. »[1] Pour rester fidèle à notre système, nous sommes forcé de rejeter l'opinion de ces deux grands jurisconsultes.

71. — Il nous semble que, quel que puisse être le lieu de la célébration du mariage, cet acte devrait être régi en général par la loi de l'État, dont le futur est citoyen au moment où il est devenu époux. La raison principale de notre opinion résulte pour nous de ce que la famille, qui est constituée au moyen du mariage appartient à l'État dont le mari est citoyen, et que les fils qui peuvent naître du mariage naissent citoyens de la patrie du père. La loi de cet État, étant celle qui doit protéger civilement et juridiquement la nouvelle famille et les membres de celle-ci, il est plus raisonnable d'admettre que la constitution de cette famille doive être réglée par cette loi.

L'italien, le français, ou le russe qui, demeurant citoyen de son propre État, veut contracter mariage en pays étranger, conserve son caractère de citoyen étranger et doit être réputé soumis à la loi de sa patrie. Il ne peut, en effet, se soustraire à cette loi pour accomplir un acte aussi important, que celui qui a pour résultat la constitution d'une famille qui appartient à cette même patrie.

Quel intérêt, du reste, pourrait avoir le souverain territorial ou celui du lieu où la famille étrangère voudrait établir son domicile conjugal pour lui appliquer les lois faites pour ses propres citoyens ? Pourquoi vouloir déterminer aux termes de ces lois la capacité de s'unir par le mariage, les conditions essentielles pour constituer légalement la famille, les droits et les devoirs des époux entre eux et envers

[1] Rocco (édit. de Livourne, 1859), p. 534, Ch. XX.

leurs enfants, la légitimité des enfants et les droits qui peuvent être la conséquence de l'état civil et de la filiation légitime?[1] Si la famille est étrangère, si les fils naissent étrangers, nous ne trouvons aucune raison pour justifier l'opinion de ceux qui voudraient appliquer en tout la loi du lieu de la célébration du mariage, ni celle des autres, qui voudraient donner la préférence à la loi du domicile du mari, et nous sommes pleinement convaincu de la justesse de notre opinion, qui trouve une autorité importante dans la personne de Laurent, qui en est partisan. En effet, cet auteur a soutenu que les rapports de famille et les droits qui en dérivent doivent être régis en principe par la loi de l'État dont le mari est citoyen.

C'est vainement qu'on objecte, que les lois qui régissent la famille doivent être considérées comme strictement liées aux institutions publiques, dans lesquelles se réfléchissent les usages et les traditions de morale publique et les bonnes mœurs ; et que l'indépendance des souverainetés serait atteinte, si les lois et les institutions qui régissent le mariage dans un pays pouvaient avoir de l'autorité pour le régler dans un autre.

A ce raisonnement nous pouvons répondre que, bien que l'organisation de la famille et le droit familial, pris dans leur ensemble, soient étroitement liés avec l'organisme social et avec le droit social, toutefois on ne saurait attribuer ce caractère à chacune des dispositions, qui concernent les rapports de famille. Celles-ci, en effet, peuvent être divisées en deux catégories, selon qu'elles ont pour but direct et immédiat de protéger la morale publique, l'ordre public et les bonnes mœurs (en constituant ainsi le droit public matrimonial) ou de pourvoir, au contraire, à la protection des intérêts privés des membres de la famille. Nous admettons éga-

[1] Cette considération du défaut d'intérêt de l'Etat étranger nous paraît tout à fait déterminante. Ici, en effet, on ne peut alléguer, en quoi que ce soit, aucun intérêt national ou des citoyens à sauvegarder, et vouloir appliquer la loi locale à des étrangers, dont les usages et les traditions de famille sont en quelque sorte résumés dans la loi de leur pays, c'est exercer à leur égard une vexation purement gratuite. (Note du traducteur Ch. A.)

lement que nulle loi ne peut avoir aucune autorité pour régler en pays étranger le mariage du citoyen, quand l'application de cette loi aurait pour conséquence l'atteinte à une loi territoriale de droit public et d'ordre public. On ne peut, en effet, jamais admettre qu'il puisse être permis aux étrangers, qui sont domiciliés ou séjournent dans un pays, de se soustraire à l'empire des lois qui constituent le droit public matrimonial, ou d'invoquer l'application de la loi de leur patrie pour y déroger ; mais quand l'application de la loi étrangère peut être admise sans aboutir à ce résultat, nous ne trouvons aucune raison pour en méconnaître l'autorité.

Nos institutions sociales, par exemple, ne pourront certes pas être considérées comme atteintes, si une étrangère domiciliée en Italie contracte mariage avant d'avoir accompli les 15 ans, requis selon notre code pour pouvoir se marier, si toutefois cette étrangère a atteint l'âge exigé par la loi de sa patrie. De même, l'ordre public ne pourrait pas être considéré comme compromis, si la femme étrangère était ou non soumise à l'autorisation de son mari pour faire des actes valables : si le fils de l'étranger avait droit sur les biens paternels à telle ou telle portion légitime ? Le droit public matrimonial devrait, au contraire, être considéré comme atteint, si l'étranger voulait se prévaloir de sa loi nationale pour faire prononcer le divorce en sa faveur par les tribunaux italiens, tandis que le divorce n'est pas permis par la loi italienne.

Pour compléter la théorie exposée dans ce chapitre, il faut tenir compte des références indiquées plus haut à la page 92 (note) et en outre de la théorie du domicile et de la nationalité dans leurs rapports avec la loi régulatrice des rapports personnels, telle qu'elle est exposée dans le IIIe volume aux §§ 1361-1372.

CHAPITRE III

DES CHOSES ET DE LA LOI QUI DOIT RÉGIR LES DROITS RÉELS

72. Du statut réel et de son autorité d'après les juriconsultes du moyen âge. — 73. Divergences entre eux sur les lois appartenant au statut réel. — 74. Règle proposée par Barthole. — 75. Comment les uns ont cherché à étendre et les autres à restreindre le statut réel. — 76. Froland, Burgundius et les réalistes exagérés. — 77. Comment la question a été posée par ces mêmes auteurs. — 78. Fœlix et les autres auteurs français. — 79. Théorie de Demolombe. — 80. Zachariæ. — 81. Laurent et les auteurs français qui se sont émancipés de la doctrine traditionnelle. — 82. Les juristes anglo-américains. — 83. L'école italienne. —. 84. De la loi applicable aux meubles. — 85. Théorie de Fœlix. — 86. Les juristes anglo-américains. — 87. Doctrine de Savigny. — 88. Dispositions des lois positives relatives à la loi des immeubles. — 89. Raisons invoquées par Portalis à l'appui de l'art. 3 du Code civil français. — 90. Notre opinion sur l'autorité territoriale des lois relatives aux immeubles. — 91. Théorie rationnelle sur la loi applicable aux choses mobilières. — 92. Avec quelles restrictions peut-on admettre l'antique règle relative aux meubles. — 93. Principes consacrés par le législateur italien et leur explication.

72. — Les jurisconsultes anciens qui, ainsi que nous l'avons dit au chapitre précédent, dérogèrent pour les statuts purement personnels à la règle du droit strict, *leges non valent ultra territorium*, appliquèrent au contraire strictement cette règle aux statuts réels, c'est-à-dire à ceux relatifs aux choses et aux droits qu'on pouvait acquérir sur les choses. Ils considèrent généralement comme nécessaire et indispensable pour protéger l'indépendance et l'autonomie de chaque souveraineté, qu'aucun droit ne pût s'exercer sur les choses immobilières situées sur le territoire, autrement qu'en conformité de la loi territoriale. En conséquence, ils décidèrent que, non seulement la condition juridique des

immeubles, mais encore tous les droits des personnes sur ces biens ; les modes d'acquisition et de transmission les concernant, la validité ou le défaut de validité des actes relatifs aux immeubles devaient être régis exclusivement par la *lex rei sitæ*. Aussi, posèrent-ils la règle aussi concise qu'absolue, *immobilia statutis loci regantur ubi sita*, et l'appliquèrent-ils pour statuer sur tout droit ayant pour objet les choses.

Quid si itaque, dit Voët, *contentio de aliquo jure in re seu ex ipsa re descendente, vel ex contractu, vel actione personali, sed in rem scripta ? An spectabitur loci statutum ubi dominus habet domicilium, an statutum rei sitæ ? Respondeo statutum rei sitæ.* [1]

La règle fut énoncée de la façon suivante par de Boullenois : « Les lois réelles n'ont point d'extension directe, ni « indirecte hors la juridiction et la domination du législa- « teur. » [2]

73. — Les jurisconsultes du moyen-âge furent tous d'accord pour admettre cette règle invariable : ils différèrent d'opinions uniquement sur l'extension à donner au statut réel. Ils dirent, en effet, que l'on devait considérer comme lois réelles toutes les dispositions qui avaient pour objet immédiat les choses immobilières. Toutefois, comme les lois qui attribuent des droits aux personnes règlent aussi les effets de ces mêmes droits en ce qui concerne la propriété, il s'agissait de déterminer si l'objet principal de la disposition était la personne ou la chose. Ce fut là la source de vives et d'interminables discussions, et il ne pouvait pas en être autrement. En effet, quand le législateur attribue des droits et détermine la capacité personnelle, il ne définit pas l'état de la personne d'une façon abstraite, mais par rapport aux biens qui peuvent former l'objet des droits. Dès lors, on peut

[1] Voët, *Se Stat.*, § 9, Ch. I, n° 2. p. 253, n° 3, *id.*
[2] De Boullenois, *De la personnalité et de la réalité des lois*, *Principes généraux*, 27.

toujours dire, qu'à un certain point de vue, les choses sont l'objet indirect de la disposition et soutenir dans cette loi donnée la prépondérance de la territorialité.

74. — Barthole augmenta la confusion, en proposant d'examiner attentivement les paroles et l'expression de la loi, pour déterminer ainsi la *mens legislatoris*. Il disait, par exemple, que si le législateur avait dit *les biens du défunt appartiendront à l'aîné*, cette disposition devrait s'appliquer à tous les biens existant sur le territoire, *quia jus afficit res ipsas sive possideantur a cive sive ab advena*. Il soutenait, qu'au contraire, si la loi portait *l'aîné succèdera*, la disposition devait s'appliquer uniquement aux citoyens, parce qu'on devait alors considérer cette loi comme personnelle. [1] En admettant cette règle, la réalité ou la personnalité de la loi devait dépendre de l'ordre des mots et de la construction de la phrase. [2]

75. — Il était naturel que les auteurs arrivassent à des conclusions disparates et contradictoires, et que ceux qui voulaient étendre le *statut réel* fissent tous leurs efforts pour mettre en évidence dans chaque disposition légale l'élément sur lequel, d'après leur manière de voir, reposait le caractère de la réalité, tandis que les autres, qui voulaient étendre le *statut personnel*, missent tous leurs soins à faire ressortir l'élément dont dépendait la personnalité de la loi.

[1] Bartolus, *Ad Cod.*, lib. I, tit. 1, *De Sum. Trinit.*, l. I, *Cunctos populus*, n° 42.

[2] Stockmans, Dumoulin, Bouhier, Paul Voët et Jean Voët admettent la même règle. Dumoulin s'exprime ainsi : *Aut statutum agit in rem, et quacumque verborum formula utatur, semper inspicitur locus ubi res est. Si statutum dicat, quod minor 25 annis non possit testari de immobilibus tunc enim non respicit personam, nec agit in personam principaliter, nec in solemnitatem actus, sed agit in certas res, ad finem conservandi patrimonii, et sic est reale. Quia idem est ac si dictum esset immobilia non possint alienari in testamento per minores. Unde statutum loci inspicietur, sive persona subdita sit, sive non.* Molineus, *Comment. ad Cod.*, lib. II, tit. I, leg. I, *Conclus. de Statut.*, T. III, p. 556.

En effet, les jurisconsultes se divisèrent en deux écoles et se combattirent sans cesse. Les uns voulurent conserver le principe féodal, en vertu duquel les droits de l'individu étaient considérés comme un accessoire du sol et ils cherchèrent à trouver dans toute disposition de loi l'élément de la *réalité*, afin d'exclure l'application de la loi personnelle et de faire prévaloir la loi territoriale. A cette première école appartenaient entre autres d'Argentré, Muscardus, Mœvius et presque tous les jurisconsultes hollandais, ainsi que Delacerière, Froland et de Boullenois.

Les autres, au contraire, les jurisconsultes philosophes, s'efforcèrent d'émanciper l'homme des entraves de la féodalité et cherchèrent à démontrer dans plusieurs lois la prépondérance de l'élément de la personnalité, pour restreindre l'application de la loi territoriale et étendre l'application de la loi de la patrie de chacun. A cette école appartenaient notamment Dumoulin, Coquille, Gérard Titius, Prévost-la-Janès, Stockmans et Bouhier.

76. — Froland formule sa doctrine et celle de ses contemporains de la façon suivante : « La première règle est « que le statut réel ne sort point de son territoire. Et de là « vient que, dans le cas où il s'agit de succession, de la ma- « nière de la partager, de la quotité des biens dont on peut « disposer entre vifs ou par testament, d'aliénation d'im- « meubles, de douaire de femmes ou d'enfants, de légitime, « de retrait lignager, féodal ou conventionnel, de droit de « puissance paternelle, de droit de viduité et autres sembla- « bles, il faut s'attacher aux coutumes des lieux où les fonds « sont situés. » [1]

Certains auteurs même, très peu nombreux il est vrai, en vinrent jusqu'à soutenir que les formalités et solennités des actes, qui avaient pour objet un immeuble, devaient être

[1] Froland, *Mémoires*, 156, *id.*, 49, 60, 66, 67. Voir aussi d'Argentré, *Ad Briton. leg. de donatione*, art. 218, glos. 6, n° 46 ; Burgundius, *Tract.* II, n° 10, p. 63, 64.

régies pour leur validité par la loi du lieu où se trouvait située la chose, bien que l'acte fût passé dans un autre pays. *Siquidem solemnitates testamenti*, dit Burgundius, *ad jura personalia non pertinent : quia sunt quædam qualitas bonis ipsis impressa, ad quam tenetur respicere quisquis in bonis aliquid alterat. Nam ut jura realia non perrigunt effectum extra territorium ; ita et hanc præ se virtutem férunt, quod nec alieni territorii leges in se recipiant.*[1] De Boullenois dit aussi : « Quand la loi exige certaines formalités, lesquelles « sont attachées aux choses mêmes, il faut suivre la loi de « la situation. »[2]

La confusion fut si grande que certaines lois, admises par les uns comme exemples de lois réelles, furent citées par d'autres comme exemples de lois personnelles. Ainsi, de Boullenois, dans ses principes généraux, après avoir exposé les caractères de la loi réelle et de la loi personnelle, donne comme exemple de la loi personnelle le sénatus-consulte Velléien, tandis que Lebrun cite comme exemple des lois réelles celle qui interdit à la femme mariée de faire des donations et le sénatus-consulte Velléien. Le même de Boullenois admet ensuite que la loi qui concerne la capacité de faire un testament doit être considérée comme une loi réelle, lorsqu'il s'agit de propriété immobilière.

Sans nous étendre davantage sur ce sujet, nous ferons remarquer que l'autorité territoriale de la loi fut tellement étendue par beaucoup d'auteurs, que l'on arriva à admettre que la capacité même d'acquérir un immeuble devait dépendre de la *lex rei sitæ*, de même que celle de disposer d'un immeuble par acte entre vifs ou par testament et que de la même loi devaient dépendre les droits des époux et ceux des fils sur les immeubles, ainsi que leur part légitime.

[1] Burgundius, *Tract.* VI, nº 2, p. 128.

[2] *Observat.*, nº 46, T. II, p. 467, Vº 4. Voir aussi d'Argentré, *Ad Briton. leg.* art. 218, nº 2 ; Burgundius, *Tract.* VI, nº 2, 3 ; Rodenburg, *De div. statut.*, Tit II, Ch. III, § 1, 2 ; Sande, *Decisiones frisicæ*, lib. IV, tit. I, *defin.* 14.

77. — Dans les temps modernes, la question de la loi qui doit régir les immeubles situés sur le territoire et les droits qui y sont relatifs, a été diversement résolue dans la doctrine et dans la législation des différents pays.

En réalité, les auteurs n'ont pas su s'émanciper de la théorie des jurisconsultes du moyen-âge. Partant du juste principe que chaque souveraineté a l'*imperium* absolu et exclusif sur le territoire de l'État, ils en ont conclu que la loi territoriale devait régir exclusivement les immeubles qui sont à l'intérieur des frontières de l'État. Ils ont ainsi reproduit à notre époque la doctrine du moyen-âge, sans prendre garde qu'elle avait pour base le droit féodal.

78. — Fœlix, entre autres, après avoir posé le principe que la loi territoriale doit régler les biens situés en France, quels qu'en soient les propriétaires, à l'exclusion de la loi personnelle de ceux-ci, cite à l'appui de son opinion les jurisconsultes du moyen-âge, et il conclut que la *lex rei sitæ* doit régir le droit d'usufruit légal, l'étendue de ce droit et les obligations de l'usufruitier ; et que dès lors l'usufruit des père et mère (art. 384, C. civ. franç.) ne peut être attribué qu'en conformité de la loi du lieu où se trouve située la chose sur laquelle il doit s'exercer. De même aussi, il admet que la *lex rei sitæ*, abstraction faite de la capacité générale de la personne, doit régler tout ce qui se rapporte à la succession *ab intestat* sur les immeubles et au partage de la succession ; la capacité de disposer d'un immeuble et de le recevoir par donation entre vifs ou par testament ; la quotité disponible ; les prohibitions de disposer entre époux ; tout ce qui concerne le régime dotal ; les défenses faites à certains individus d'acquérir des immeubles ou de les aliéner ; les obligations qui naissent de la vente d'un immeuble, les causes qui en entraînent la nullité, la résolution et la rescision ; les obligations qui résultent du louage et de l'antichrèse d'immeubles ; les droits d'hypothèque légale, conventionnelle ou judiciaire. La loi du domicile des parties ou de

celui qui dispose des biens serait, d'après lui, applicable, lorsqu'il s'agirait de biens meubles.

Tels sont les points principaux sur lesquels nous nous trouvons en désaccord avec Fœlix. Nous avons voulu les noter, pour faire connaître comment il entend la réalité de la loi et les cas dans lesquels il l'applique.

Nous trouvons cette même théorie admise par la majeure partie des auteurs français. C'est peut-être parce qu'ils ont subi l'influence de la tradition scientifique des grands jurisconsultes de leur pays, qui avaient écrit avant la promulgation des codes, et sous l'inspiration de principes bien différents de ceux qui prévalent à notre époque.

79. — Demolombe a aussi reproduit, en principe, la distinction des lois réelles et des lois personnelles. [1] Il qualifie lois réelles celles qui ont pour objet prédominant et essentiel les biens et qui s'occupent accessoirement des personnes, [2] et il n'hésite pas à considérer comme telles, toutes celles qui déterminent les différents droits qui ont pour objet les biens, [3] celles qui règlent la transmission des biens *ab intestat*, [4] la loi sur la réserve et la quotité des biens disponibles, [5] celle qui détermine la part du fils naturel reconnu dans la succession de son père et de sa mère, [6] celle qui fixe la quotité disponible entre époux, [7] celle qui déclare l'inaliénabilité de la dot. [8] Cet auteur conclut, que toutes les lois territoriales réelles, et particulièrement celles qu'il cite, régissent les immeubles en général, quels qu'en soient les propriétaires.

[1] Demolombe, *De l'effet de l'application des lois*, nº 90.
[2] *Id.*, nº 76.
[3] *Id.*, nº 77.
[4] *Id.*, nº 79.
[5] *Id.*, nº 80.
[6] *Id.*, nº 81.
[7] *Id.*, nº 83.
[8] *Id.*, nº 85.

80. — Zachariæ, le plus exact et le plus profond des commentateurs du Code civil français, donne la définition la plus rationnelle du statut réel, qui, selon lui, « se compose « des lois qui ont pour objet immédiat et principal de déter- « miner la condition juridique des biens. » Toutefois, il admet aussi, qu'on doit comprendre dans le statut réel les règles relatives à la dévolution des successions *ab intestat* régulières ou irrégulières, aux successions testamentaires, celles qui restreignent la faculté de disposer à titre gratuit, soit d'une manière absolue, soit relativement à certaines personnes déterminées, celles qui règlent la quotité disponible des biens, soit ordinaire, soit exceptionnelle. [1]

81. — On peut dire avec raison que la théorie, d'après laquelle les lois qui régissent les immeubles constituent le statut réel, est traditionnelle en France. [2] Elle est aussi admise en principe par les auteurs des autres pays ; car tous sont unanimes pour soutenir que toute loi doit avoir une autorité exclusive sur le territoire, et, que le territoire résultant de l'ensemble des immeubles, il importe que l'on assure, en ce qui concerne les immeubles, la prépondérance de la loi territoriale. Cependant, tous les auteurs ne sont pas aujourd'hui d'accord pour dire que la territorialité de la loi doive dépendre de ce qu'elle régit les immeubles et les droits qui y sont relatifs. Parmi ceux qui admettent encore la distinction entre le *statut réel* et *le statut personnel*, et au nom-

[1] Zacchariæ, *Dr. civ. français*, § 31, n° 2 et 3.

[2] Voir d'Argentré, *Commentarii in patrias Britonum leges* ; Bouhier, *Les Coutumes du Duché de Bourgogne* ; Bretonnier, *Questions de Droit* ; Coquille, *Des Coutumes du Nivernais* ; Pothier, *Ouvrages*, spécialement *Coutume d'Orléans*, Ch. I, § 2, n°s 22-24, Ch. III, n° 51 ; Portalis, *Exposé des motifs du Code civil* (Locré, T. I, p. 581) ; Merlin, *Répert.*, V° Loi, § 6 ; Taulier, *Introducti.* ; Duranton, *Cours de Dr. franç.* ; Valette, *sur Proudhon* ; T. I, p. 97 ; Fœlix, *Dr. internat. privé*, T. I, §§ 56-57 ; Barde, *Théorie traditionnelle des statuts ou principes du statut réel et du statut personnel d'après le droit civil français* (Bordeaux 1880) ; La Cour de Cassation française base aussi constamment ses décisions sur la théorie traditionnelle de la prépondérance du statut réel.

bre desquels on peut mentionner Laurent, [1] il faut distinguer ceux qui se sont complètement émancipés de la théorie qui s'inspire des principes féodaux, laquelle trouvait la raison d'appliquer la loi territoriale dans le fait qu'elle a trait aux immeubles qui sont une partie du territoire. Laurent établit, en effet, sur une base tout-à-fait distincte les caractères du statut réel. Il en est de même aussi des plus récents auteurs français, parmi lesquels nous citerons Antoine, [2] et Durand ; [3] car ils partent de principes tous différents de ceux consacrés par la tradition française, pour déterminer la loi qui doit régir les immeubles.

82. — Dans les autres pays, et surtout en Angleterre et aux États-Unis, nous trouvons généralement admis le principe des jurisconsultes du moyen-âge. On peut dire, en effet, que c'est un principe général soutenu par tous les auteurs anglo-américains, que les rapports relatifs aux immeubles de toute nature doivent être régis par la *lex rei sitæ*. Cette règle s'applique rigoureusement à la capacité d'acquérir, d'aliéner et de transmettre les immeubles, et aux droits sur les immeubles, dérivant soit de la loi, soit des contrats, ainsi qu'aux formes et aux solennités requises par la loi pour acquérir valablement des droits sur les immeubles. De cette façon, aucun acte de cession ou de transfert d'immeubles ne peut être considéré comme un titre valable d'après la *Common Law* (*to give perfect title*) qui si l'on a observé les formes prescrites par la loi territoriale, *except according to the formalities prescribed by the local law*. [4]

[1] Laurent maintient la nomenclature, parce que, dit-il, la tradition l'a établie, et que la distinction est reproduite dans l'art. 3 du Code civil francais. *Op. cit.*, T. 6, § 22.

[2] Antoine, *De la succession légitime et testamentaire en droit international privé.*

[3] Durand, *Essai de Droit international privé.*

[4] Story, *Conflict of Law*, Ch. X; Burge, *Comm. on colon. and foreign laws*, 2e part., Ch. XII.

83. — En Italie, la théorie des auteurs du moyen-âge a eu un vaillant champion en la personne du jurisconsulte napolitain Rocco. Ayant admis comme fondamentale la distinction entre le statut réel et le statut personnel, il soutint qu'on devait considérer le statut réel comme constitué par toutes les lois qui disposent sur les choses indépendamment de la condition des personnes. Dès lors, tout d'après lui dépendait du point de savoir si le motif prépondérant de toute disposition était les personnes ou les choses. Comme il ne put établir à cet égard de règles certaines, il fut porté à faire les mêmes fausses applications que les juristes du moyen-âge, en considérant que la *lex rei sitæ* devait s'appliquer, non seulement pour régler la condition juridique des choses situées sur le territoire, mais aussi les droits sur les immeubles, et conséquemment les droits de succession immobilière, les donations entre époux, la quotité disponible, l'âge même nécessaire pour disposer des immeubles par testament, la révocabilité et la caducité des testaments, l'irrévocabilité des donations entre vifs et tous les droits généraux ayant pour objet les immeubles sis sur le territoire. [1]

L'école italienne a cependant abandonné complètement la théorie traditionnelle, qui voulait trouver dans l'objet de la disposition légale la raison décisive pour attribuer à cette disposition l'autorité territoriale.

Les juristes qui ont écrit depuis se sont, en effet, inspirés de principes plus rationnels. Ils ont suivi la voie tracée par Mancini qui, au sein de la commission qui discuta le projet du Code civil italien, soutint chaudement les nouveaux principes mis en lumière par les auteurs allemands et surtout par Mittermaier, Savigny, Schæffner, Menken et admis également par notre compatriote Pescatore. Ces auteurs, en effet, n'avaient pas accepté l'idée de la territorialité de la loi d'après le droit féodal.

L'école des auteurs modernes italiens a admis unanime-

[1] Rocco, *Diritto civile internazionale*, 1re partie, Ch. XIX et XX.

ment les règles fondamentales, sur lesquelles repose tout le système de droit international privé consacré dans notre code civil, et qui se résument ainsi : ne pas imposer à l'étranger les lois territoriales, pas même en tant qu'elles règlent l'exercice des droits sur les immeubles, mais respecter au contraire l'application de sa loi nationale, c'est-à-dire de celle de sa patrie, même pour ce qui concerne les droits qui dérivent du statut personnel, des rapports de famille, de succession et de donation relatifs aux immeubles, à la condition que la reconnaissance de l'autorité de la loi étrangère sur le territoire italien ne déroge pas aux lois d'ordre public et au droit en vigueur.

Toutefois, les juristes italiens sont divisés sur l'interprétation et l'application des règles consacrées par le législateur, et surtout sur la détermination des justes limites de l'exception qui exclut l'autorité des lois étrangères sur le territoire. Cependant, sauf certaines divergences, nous pouvons dire que les auteurs contemporains sont d'accord pour soutenir que ce n'est pas le fait de la situation en Italie de l'immeuble qui fait l'objet du droit, qui sert à déterminer la prépondérance de notre loi sur la loi étrangère.

Cette nouvelle conception ainsi que l'a exposé Mancini dans son rapport à l'Institut de Droit international, est la base de la théorie de tous les auteurs italiens contemporains, parmi lesquels nous citerons Esperson, Lomonaco, Pierantoni, Agnetta-Gentili, Catellani et Fusinato. [1]

84. — Pour ce qui est des biens meubles et des droits sur les meubles, les auteurs anciens avaient admis une distinction importante entre ces biens et les immeubles relative-

[1] Voir Mancini, *Rapport à l'Institut de Droit international sur les règles de droit international privé*, session de Genève, 1874 ; Esperson, *Il principio di nazionalità applicato alle relazioni civili internazionali* (1868) ; Pierantoni, *I progressi del diritto pubblico e delle genti ;* Lomonaco, *Trattato di diritto civile internazionale ;* Agnetta-Gentili, *La donazione in diritto privato internazionale ;* Catellani, *Il diritto privato internazionale et i suoi recenti progressi* ; Fusinato, *Questioni di diritto internazionale privato*.

ment à la loi qui leur est applicable. Ils enseignaient, en effet, que les rapports juridiques et les droits sur les choses mobilières devant être réglés par la loi du domicile du propriétaire, ces choses devaient être considérées, par suite d'une fiction juridique, comme inhérentes à la personne. De là l'adage courant, *mobilia ossibus personæ inhærent, mobilia non habent sequelam*. Ils disaient, pour justifier cette doctrine, que les meubles pouvant accompagner partout la personne, ne peuvent pas être considérés comme fixés sur tel territoire plutôt que sur tel autre, de façon à être soumis à la loi territoriale.

Dans le système qui proclamait lois réelles toutes les lois relatives aux droits sur les choses, la distinction précitée fut certainement très avantageuse, car elle rendait possible l'application de la loi personnelle au moins à la succession mobilière, ainsi que tous les auteurs l'enseignent. L'autorité de la loi-personnelle fut dès lors reconnue à l'égard de tous les droits pour l'acquisition et la transmission des choses mobilières par actes entre vifs ou de dernière volonté.

D'Argentré, Lebrun, Voët, Rodenburg, Bretonnier, Bouhier, de Boullenois [1] et beaucoup d'autres admettent la distinction, si importante dans leur système à raison des conséquences juridiques qui en dérivent. Burgundius, entre autres, a écrit : *Bona moventia et mobilia ita comitari personam, ut extra domicilium ejus censeantur existere, adduci sane non possunt.* [2]

Cette distinction a des partisans même de nos jours, tant parce que d'éminents jurisconsultes l'ont admise, que parce que les dispositions du droit positif sont si vagues et indéterminées qu'elles ne coupent pas court à toute controverse.

[1] D'Argentré, *Consuetudines Britanniæ, de donat.*, art. 218, gl. 6, n° 30 ; Lebrun, *Traité des success.*, liv. IV, ch. I, n°.28 ; P. Voët, *De stat.*, § 4, cap. 2, n° 2 ; Joh. Vöet, *Ad Pand.*, lib. XXXVIII, tit. XVII, § 34 ; Rodenburg, *De div. stat.*, tit. I, cap. 2, i. f. ; Bretonnier, *Notes sur Henry* liv. IV, quest. 127 : Bouhier, *Cout. de Bourgogne*, Ch. XXV, § 2 ; de Boullenois *De la personnalité et réalité*, observ. 19.

[2] Burgundius, *Tract.* II, n° 20, p. 71 et 72.

85. — D'après Fœlix, les choses mobilières, tant corporelles qu'incorporelles, ne peuvent par leur nature avoir une situation certaine comme les immeubles ; leur destination dépend de la volonté de la personne à laquelle elles appartiennent. Légalement on présume que chacun a réuni tous ses biens meubles au lieu de son domicile. Dès lors, bien qu'en fait ils se trouvent ailleurs, par suite d'une fiction légale, ils sont considérés comme le complément de la personne et doivent être régis par la loi à laquelle est soumis leur propriétaire. « Par une fiction légale, dit Fœlix, on con-
« sidère les meubles comme suivant la personne et comme
« étant soumis à la même loi qui régit l'état et la capacité
« de cette personne, et nous avons vu que cette loi est celle
« du domicile. En d'autres termes, (conclut-il), le statut
« personnel gouverne les meubles corporels. Ce statut est
« à leur égard réel par suite de la fiction qui les répute au
« lieu régi par ce même statut. » A l'appui de son opinion, il cite non seulement presque tous les auteurs anciens qui ont écrit sur la matière, mais encore la majorité des auteurs modernes, et entre autres Kent, Duranton, Story, Burge, Valette, Schaeffner, Taulier, Rocco. [1]

86. — La doctrine de Fœlix est si généralement admise par les écrivains anciens et modernes de l'Angleterre et de l'Amérique septentrionale que quelques-uns ont cru pouvoir affirmer que cette théorie devait être considérée comme du droit des gens. Lord Lomborough, dans l'affaire Sill, s'est exprimé en ces termes : « C'est là une maxime de tous connue,
« non seulement du droit anglais, mais de la législation de
« chaque peuple où la connaissance du droit est une science,
« que l'avoir mobilier n'a aucune situation locale. Cela ne
« signifie pas que les choses mobilières ne sont pas dans un
« lieu visible, mais qu'elles sont toujours soumises à la loi
« de la personne du propriétaire, non seulement relative-

[1] Fœlix, nº 61, *Droit international privé*.

« ment aux dispositions qui s'y réfèrent, mais relativement « au droit que le propriétaire peut avoir de les transmettre « ou de les acquérir par succession ou de faire des actes « d'une nature quelconque. Elles suivent toujours la loi « personnelle. »[1]

87. — Savigny et Waechter ont été du nombre des premiers auteurs, qui ont combattu la distinction admise d'après la tradition scientifique. Bien qu'ils soient partis d'un point de départ différent, ils sont néanmoins arrivés à la même conclusion, en démontrant qu'il n'y a pas de raison juridique pour soustraire les meubles à l'empire de la loi territoriale. Leur opinion a été acceptée par beaucoup de jurisconsultes modernes, qui excluent la distinction généralement reçue entre les meubles et les immeubles relativement à la loi qui doit régir les droits dont ils font l'objet, tout en reconnaissant qu'il doit être établi une différence en raison de la condition juridique distincte des choses en elles-mêmes. Mühlenbrück, Eichorn, De Chassat, Bar, Wharton, Westlake, Asser et Laurent, pour ne pas parler des autres, sont d'accord pour reconnaître que certaines relations juridiques, qui ont pour objet les meubles, doivent être régies par la loi du lieu de la situation. Toutefois ces auteurs se sont divisés relativement à l'application aux meubles de la loi du propriétaire. Les uns admettent l'application de la loi du domicile, et les autres, parmi lesquels on remarque surtout Laurent, celle de la loi nationale. Cette dernière opinion est aussi celle des juristes italiens, Mancini, Esperson, Lomonaco et autres.[2]

88. — La règle que les immeubles doivent être régis par la *lex rei sitæ* se trouve uniformément consacrée dans les codes modernes.

[1] Story, § 380.
[2] Voir les ouvrages cités *suprà*.

Le Code de Bavière, le premier des codes allemands dans l'ordre chronologique, soumet à la loi *rei sitæ in causis realibus et mixtis* tous les biens corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers (Part. 3, ch. II, § 17). Le Code Prussien (§ 35, introduct.) dispose que : « Les biens immobiliers « sont régis par les lois de la juridiction dans le domaine de « laquelle ils sont situés, sans égard à la personne du pro- « priétaire. » Le Code autrichien est ainsi conçu (art. 300) : « Toutes les choses immobilières sont soumises à la loi du lieu dans lequel elles sont situées. » Le Code civil français (art. 3, par. 2) s'exprime de la façon suivante : « Les immeu- « bles, même ceux possédés par un étranger, sont régis par « la loi française. » Une disposition conforme à cette dernière se trouve dans le code badois, dans celui du royaume de Pologne (art. 3), dans le Code néerlandais (art. 7), dans ceux des cantons de Vaud (art. 2), de Berne (art. 4), de Fribourg (art. 1), dans celui de la Louisiane (art. 9). De même, le Code civil italien dispose que : « Les biens immobiliers « sont soumis aux lois du lieu où ils sont situés. »

89. — Les raisons à l'aide desquelles on justifie la règle généralement consacrée ont été exposées par Portalis de la façon suivante lors de la rédaction de l'art. 3 du Code civil français : « Il est essentiel, disait-il, que la souveraineté soit « indivisible et qu'elle étende son autorité exclusive sur « tout le territoire, comme elle l'étend sur toutes les per- « sonnes qui l'habitent. La souveraineté ne serait pas en- « tière, elle serait divisée, si une partie du territoire pouvait « être soumise à des lois étrangères, alors que l'ensemble « des immeubles forment le territoire public d'un peuple, « il est nécessaire qu'ils soient régis exclusivement par les « lois de ce peuple. En un mot la réalité des lois qui concer- « nent les immeubles est une émanation de la souveraineté. « Les particuliers qui possèdent les immeubles ne peuvent « pas opposer au législateur leur qualité d'étrangers, et de- « mander que leurs biens soient régis par leur loi person-

« nelle, parce qu'il en résulterait qu'une partie du territoire « serait soumise à une loi étrangère, et dès lors la souve- « raineté ne serait plus entière, elle serait divisée, tandis « qu'il est de son essence d'être indivisible. Pour qu'elle « soit entière, il faut que tout le territoire, c'est-à-dire tous « les immeubles soient régis par un seul souverain, par le « souverain territorial. »[1]

90. — Pour nous, il ne nous semble pas possible d'admettre la règle consacrée par les lois positives, telle qu'elle a été entendue par les auteurs qui voudraient perpétuer la théorie des juristes du moyen-âge. Nous sommes d'avis que le territoire est, jusqu'à un certain point, la base matérielle de la souveraineté et que celle-ci a le droit éminent sur tout le territoire soumis à son empire et sur toutes les choses qui s'y trouvent. Il nous paraît néanmoins inadmissible, que chaque souveraineté puisse soumettre à l'empire de ses lois tous les droits acquis à un titre quelconque sur les choses, et prétendre réglementer l'exercice de ces droits, de façon à méconnaître l'autorité de la loi de l'État auquel la personne appartient, (et qui lui attribue des droits patrimoniaux réels), ou l'autorité de la loi en vigueur au lieu où les rapports contractuels relatifs aux choses situées à l'étranger ont été noués.

En effet, l'on doit attribuer à la souveraineté territoriale le domaine éminent sur tout le territoire, et comme ce domaine est constitué par *un ensemble d'immeubles contigus*, il est naturel et raisonnable d'admettre que l'empire et l'autorité de la loi territoriale doivent être exclusifs et indivisibles, si on les considère relativement à cet *ensemble*, c'est-à-dire en tant qu'ils s'appliquent aux immeubles considérés *uti universitas*. Ce principe ne peut pas cependant avoir pour conséquence, que, quel que soit le droit de chacun sur un immeuble, il doive être régi par la *lex rei sitæ* ; car on arri-

[1] *Second exposé des motifs du titre préliminaire*, nº 14 et 15.

verait ainsi à reproduire de nos jours l'organisation de la propriété d'après le droit féodal, et à faire des droits de l'homme un accessoire de la terre.

Dans cette vaste hiérarchie, qui fut la conséquence de la féodalité, tout reposait sur l'organisation de la propriété et sur les rapports qui liaient le vassal à son seigneur par suite de la division de la terre conquise par les barbares. Dans le système féodal,la propriété était,à l'égard de tout le monde, une concession du seigneur : bien plus, à vrai dire,elle disparut, chacun étant devenu possesseur de la terre avec la faculté de jouir seulement des droits et des privilèges attachés au fief d'après la constitution originaire et l'investiture de celui-ci.

Dans un tel ordre de choses, il était tout naturel de considérer les droits de l'homme comme un accessoire de la chose,parce que personne n'acquérait les droits de propriété ni la faculté de disposer et de transmettre à son gré les immeubles.Au contraire, les rapports personnels entre le possesseur et la terre possédée,les rapports de famille,les droits patrimoniaux à un titre quelconque étaient toujours soumis à la loi constante, qui réglait la possession de la terre et qui avait pour but principal de conserver le caractère originaire et constitutif du fief.

Lorsqu'on sentit le besoin de modifier complètement cet ordre de choses, la confusion ne disparut pas tout-à-coup et complètement ; car les États qui se formèrent gardèrent les apparences de grands fiefs et chaque souverain chercha à conserver d'une façon jalouse toutes les institutions relatives à la propriété de la terre et à la jouissance de tout droit patrimonial réel. L'on continua, en effet, à supposer, que chaque loi concernant les immeubles affectait directement le principe politique et la constitution de l'État.

A notre époque, cet état de choses a subi une transformation capitale par l'effet de la science et des progrès du droit public. Aujourd'hui, il est vrai, on admet que le territoire est la base matérielle de la souveraineté; mais on ad-

met aussi qu'aucune souveraineté ne peut être considérée comme isolée, parce que sa force principale ne résulte pas des rapports qui dérivent des droits sur la terre ni des combinaisons fictives et des privilèges établis en vue de ces rapports. Aujourd'hui, on a compris que, bien que parmi les lois qui règlent les droits sur les choses, il y en ait qui sont étroitement liées aux institutions et au principe politique de l'État, toutefois toutes n'ont pas le même caractère, de façon à justifier la règle inflexible, d'après laquelle seraient soumis à la *lex rei sitæ* les droits des personnes sur les immeubles, et les modes d'acquisition, d'aliénation et de transmission des choses immobilières. Par conséquent, on est arrivé à conclure que, tout en acceptant l'autorité territoriale exclusive de certaines lois qui réglementent les droits sur les immeubles, il faut admettre une théorie toute différente de la doctrine des auteurs du moyen-âge, pour déterminer quand chaque disposition légale doit avoir une autorité exclusive sur le territoire de l'État.

Dans notre ordre d'idées, pour établir un principe rationnel en cette matière, il faut noter que les lois qui réglementent la propriété et les droits qui en dérivent, peuvent être divisées en deux grandes catégories. Certaines d'entre elles ont pour but de protéger les intérêts généraux de l'association politique considérée *uti universitas* et de concilier les droits des particuliers propriétaires d'immeubles avec les droits et les intérêts publics de l'État. D'autres ont pour objet de déterminer les droits des individus sur les choses, d'en régler et d'en garantir l'exercice, en considérant ces individus *uti singuli* par rapport à la propriété et à la famille. Les unes aussi bien que les autres, prises dans leur ensemble, font partie, les premières du droit public de l'État et des lois d'ordre public, les autres du droit privé. Or, il est clair que, comme on ne pourrait jamais permettre aucune atteinte ni aucune dérogation aux lois de droit public et d'ordre public, (parce que cela équivaudrait à un attentat contre les intérêts sociaux, la vie et la conservation de l'État), on

ne saurait admettre qu'aucune loi étrangère puisse avoir sur le territoire une autorité en opposition avec une des lois, qui, dans un intérêt social, économique, industriel, agricole ou politique, ont pour but de régler la condition des choses sises sur le territoire et les droits dont ces choses peuvent être l'objet. Par contre, on doit admettre que la souveraineté territoriale ne peut avoir aucun intérêt à empêcher l'étranger d'exercer ses droits sur les choses qui lui appartiennent en conformité de la loi qui doit régler ses intérêts privés en tant que propriétaire.

Ainsi, par exemple, aucune souveraineté ne peut consentir à ce que les servitudes prédiales, qui sont établies pour l'avantage des fonds ou en considération de leur situation, ou dans l'intérêt de la propriété foncière, soient régies par la loi étrangère. De même aussi, elle ne pourrait pas permettre que l'hypothèque pût être valablement établie sur des biens existant sur le territoire sans observer les dispositions du droit territorial relatives à la publicité et à l'inscription. Au contraire, cette même souveraineté ne pourrait avoir aucun intérêt à soumettre les étrangers à ses lois quant à la jouissance et à l'exercice des droits sur les immeubles qui seraient la conséquence des rapports de famille. Elle n'aurait pas d'intérêt à régler l'administration des immeubles appartenant à des mineurs étrangers soumis à la tutelle ou à la curatelle. Elle ne serait pas plus intéressée à ce que l'on décidât d'après la loi territoriale, si le père étranger devrait ou non avoir l'usufruit légal, ou si le mineur étranger devrait ou non avoir l'hypothèque légale sur les biens du tuteur. Les étrangers doivent, en effet, exercer leurs droits sur le territoire de l'État en y respectant le droit social en vigueur ; mais quand aucune atteinte n'est portée à ce droit, la souveraineté territoriale ne peut avoir aucun intérêt à leur imposer les lois faites pour régler les droits privés des citoyens relativement à leur propriété et au patrimoine de leur famille.

De ce que nous avons dit, il résulte que, pour décider si

une loi peut ou non avoir une autorité territoriale ou exterritoriale pour régler les droits sur les choses, il ne suffit pas de rechercher si l'objet principal et immédiat de la disposition est la personne ou la chose, ainsi que l'ont enseigné les jurisconsultes du moyen-âge. Au contraire, il faut étudier la nature de la loi, c'est-à-dire rechercher, si en réglementant la propriété, elle a pour but de protéger un intérêt public et le droit social, ou un intérêt et un droit privés. [1]

[1] Cette théorie est conforme à celle soutenue par Laurent dans son *Droit civil international*. Cet auteur est heureux de se trouver d'accord avec Mittermaier, qui avait développé la même opinion dans un article publié dans la *Kritische Zeitschrift*, T. XI, p. 273 (voir Laurent, *droit civ. intern.*, T. II, § 166, p. 307). Nous ferons remarquer que telle était aussi en substance la haute conception de Savigny, qui prétendait que pour décider dans chaque cas de collision de lois, si l'on devait préférer telle ou telle loi, il était nécessaire d'étudier la nature de chaque rapport juridique, sans se laisser guider par la conservation jalouse et exclusive de la souveraineté territoriale. La nouvelle école italienne a enseigné longtemps avant l'éminent professeur de Gand, que la véritable limite rationnelle de l'autorité de chaque loi étrangère sur le territoire de l'Etat se trouve dans l'intérêt général ou dans le droit social, et nous le faisons remarquer, non pas pour revendiquer une priorité ou une originalité, mais pour constater un fait. Pescatore, dans sa *Logica del diritto*, a soutenu cette doctrine ; les rédacteurs du Code civil italien s'en inspirèrent et Mancini s'en fit le défenseur au sein de la commission. Nous-même nous avons exposé cette opinion dans notre *Nouveau Droit international public*, imprimé à Milan en 1865 avant la publication du Code civil italien. Dans cet ouvrage, après avoir établi que le droit public est territorial, nous nous exprimions ainsi :

« Le droit pour chaque Etat de régler la vie privée de ses sujets peut « s'exercer à l'étranger, tant que l'usage en est inoffensif, ou bien tant qu'il « n'est pas en opposition avec les principes de droit public de cet Etat. »

«...... Le citoyen dans ses relations juridiques internationales peut « invoquer justement sur tout territoire l'application de cette loi particu« lière de l'Etat qui gouverne son état et celui de sa famille MÊME RELATI« VEMENT AUX BIENS EN QUELQUE LIEU QU'ILS SOIENT SITUÉS, pourvu toutefois « que l'application de la loi dans l'État dont elle n'émane pas ne porte au« cune atteinte à L'INTÉRÊT POLITIQUE ET ÉCONOMIQUE de ce même Etat, et « ne soit pas contraire aux principes que le législateur a consacrés comme « lois d'ordre public moral et religieux......

«...... Les lois civiles de tout Etat doivent s'appliquer PARTOUT AUX « PERSONNES ET AUX CHOSES QUI EN DÉPENDENT, pourvu qu'elles ne soient pas « contraires au droit public de l'Etat dans lequel elles doivent s'appliquer.» Voir p. 132-133 et traduction française par Pradier-Fodéré, T. I, p. 298, 299 (Paris, 1868).

91. — En ce qui concerne la loi qui doit régir les choses mobilières et les droits qui y sont relatifs, la distinction admise par les auteurs qui ont établi une différence entre les meubles et les immeubles ne saurait subsister dans notre système.

On ne saurait, en effet, admettre le principe, que les choses mobilières peuvent être complètement soustraites à l'empire de la loi territoriale. En effet, pour les rapports à l'égard desquels la protection du droit social est en cause, on ne peut permettre au propriétaire d'invoquer l'application de sa loi personnelle et de déroger à la loi territoriale en vigueur dans le lieu où la chose mobilière se trouve actuellement. Il peut y avoir des cas, dans lesquels le rapport entre la chose mobilière et la loi territoriale doit être considéré comme accidentel et contingent, de manière à exclure la prépondérance de cette loi. C'est ce qu'on peut dire, par exemple, des effets usuels qu'un voyageur transporte avec lui en traversant plusieurs territoires, ou de la marchandise qui voyage par mer. Dans ces cas et tous autres analogues, comme ces choses mobilières ne sont pas destinées à rester d'une façon durable dans un lieu ou dans un autre, elles ne peuvent pas être considérées comme se trouvant sur le territoire de tel ou tel État, de manière à être soumises à la loi locale. Quand, au contraire, les choses mobilières sont destinées à rester pendant un certain temps dans un lieu déterminé, et qu'elles s'y trouvent actuellement d'une façon effective, on ne saurait admettre que la loi en vigueur en ce lieu ne doive pas exercer son empire sur elles. La condition juridique de la chose, considérée par rapport aux droits que les tiers peuvent acquérir sur elle, intéresse le régime de la propriété. Ainsi, par exemple, une chose, qui serait qualifiée meuble par la loi du propriétaire, ne pourrait pas être regardée comme telle, si elle était qualifiée immeuble d'après la *lex rei sitæ*, et si les tiers avaient acquis des droits réels sur cette même chose sous l'empire de la loi territoriale. De même, la loi territoriale devrait être appliquée, pour tran-

cher toute contestation relative à la possession des meubles et aux conséquences juridiques de cette possession, qui se serait réalisée dans le lieu où la chose se trouvait. Ainsi, on devra décider, d'après la *lex rei sitæ*, si la possession vaut titre relativement aux tiers, si les choses mobilières peuvent être constituées en gage et saisies, si elles sont susceptibles de certains droits et privilèges. Il devra en être de même de tout autre rapport relatif aux droits acquis par les tiers.

92. — De ces principes, il résulte que l'adage courant, *mobilia ossibus personæ inhærent, mobilia non habent sequelam*, ne peut être admis d'une façon absolue, mais dans le seul cas où le lieu occupé par une chose mobilière est accidentel, ou ne peut être déterminé. Alors, la chose ne pouvant être considérée comme étant sur le territoire d'aucun État, doit être réputée au domicile du propriétaire et dès lors soumise à la loi personnelle de celui-ci.

Cette loi peut encore être regardée comme destinée à régir les meubles considérés comme universalité, comme patrimoine. En effet, le patrimoine est en rapport permanent avec la personne et avec son siège juridique, et dès lors cette loi ne peut pas être autre que celle de la personne du propriétaire, qui dans notre système est celle de l'État dont il est citoyen.

Au contraire, pour ce qui concerne les droits particuliers, dont les choses mobilières peuvent être l'objet, il faut admettre la même règle que pour les immeubles, c'est-à-dire que les lois, qui règlent les droits et les rapports juridiques relatifs aux choses mobilières dans l'intérêt public ou dans celui des tiers, doivent être appliquées même aux meubles appartenant aux étrangers qui se trouvent dans le lieu déterminé où la loi exerce son empire. Ainsi, aussi bien en ce qui concerne les meubles, qu'en ce qui concerne les immeubles, on doit toujours décider d'après la nature du rapport juridique, si l'on doit admettre l'autorité territoriale ou ex-

territoriale de la loi appelée à régler le rapport lui-même. Nous verrons par la suite les applications particulières de ces principes.

Notre théorie, conforme à celle par nous exposée dans l'ouvrage, que nous avons publié en 1865 sous le titre de *Nouveau Droit international* [1] (nous sommes heureux de le constater) se trouve aujourd'hui consacrée non-seulement par l'autorité des auteurs contemporains les plus connus, tels que Laurent, Brocher et Asser, pour en taire beaucoup d'autres, mais a aussi servi de base aux règles de droit international privé consacrées par le législateur italien pour la détermination de la loi qui régit les immeubles et les meubles.

93. — A première vue, il pourrait sembler que le législateur italien ayant, dans l'article 7 des dispositions générales du Code civil, disposé que « les biens immobiliers sont sou« mis aux lois du lieu où ils sont situés », aurait voulu consacrer la règle admise dans toutes les autres législations et poser en principe que l'on devrait considérer comme territoriales toutes les lois qui ont pour objet les immeubles.

[1] Voici ce que nous écrivions à propos de la loi applicable aux choses existant sur le territoire, à la page 135-136 de cet ouvrage : « Nous pou« vons distinguer les choses sous un double point de vue, en ce qui con« cerne l'intérêt personnel et en ce qui concerne l'intérêt territorial. Les « relations de la propriété avec la personne du propriétaire et les droits « et les devoirs de celui-ci envers la famille à laquelle il appartient sont « d'intérêt privé personnel. Chaque nation définit et gouverne les intérêts « privés personnels des membres qui lui appartiennent, et ne peut être « intéressée à appliquer aux familles étrangères ce qu'elle établit pour dé« finir et régir les intérêts de ses propres familles. Mais la propriété, con« sidérée dans son organisme, intéresse le territoire et l'ordre public, et « à ce point de vue, quelle que soit la personne du propriétaire, il ne peut « violer l'organisme territorial de la propriété. Aussi, nous pouvons poser « le principe général, que chaque citoyen peut acquérir la propriété dans le « territoire de chaque nation et peut en jouir pleinement selon les lois « qui règlent ses intérêts personnels, pourvu qu'il ne lèse pas l'intérêt de « la nation chez qui existent les biens. »
Voir la traduction française de Pradier-Fodéré (1868), p. 303.

Cela n'est cependant pas vrai, ainsi que le montre clairement le rapprochement de la disposition de l'article 7 avec celles des articles 6, 8 et 9. Il en résulte, en effet, que non seulement la capacité d'acquérir ou d'aliéner les immeubles doit être régie par la loi nationale de la personne, mais que les droits héréditaires sur les immeubles situés en Italie, non seulement quant à l'ordre de la succession, mais aussi quant à la mesure des droits successifs, doivent être régis par la loi nationale de la personne, de l'hérédité de laquelle il s'agit (art. 8) ; — que la donation des immeubles, quant à la substance et quant aux effets, doit être régie par la même loi (art. 9 ; — que les formes extrinsèques des actes entre vifs ou de dernière volonté, même relatifs aux immeubles existant en Italie, doivent être déterminées d'après la loi du lieu où ces actes ont été passés (art. 9) ; — que la vente des immeubles et les obligations contractuelles relatives à ceux-ci doivent être régis par la loi du lieu où les contrats ont été conclus (art. 9). Par suite de ces dispositions, il est clair que le principe consacré dans l'article 7 du Code civil italien doit s'interpréter d'une façon complètement différente de celle dont l'article 3 du Code civil français a été entendu par la doctrine et la jurisprudence.

Cette disposition ne peut en effet s'interpréter que comme la juste sanction du principe indiscutable de droit public et de droit politique, que l'ensemble des immeubles contigus considérés comme un tout (en tant qu'ils constituent le territoire), est sous l'empire de la loi italienne.

En ce qui concerne les meubles, le législateur italien a aussi consacré la différence entre eux et les immeubles relativement à la loi qui doit régler les droits qui en font l'objet. Il dispose, en effet, dans le même article 7, que « les « biens meubles sont soumis à la loi de la nation du pro« priétaire », en ajoutant toutefois : « *Sauf les dispositions « contraires de la loi du pays où ils se trouvent.* »

Par cette disposition, le législateur italien n'a fait que désigner la loi à laquelle doivent être considérés comme

soumis les immeubles pris dans leur ensemble, comme universalité, et a écarté l'application de la loi du domicile, en désignant au contraire la loi nationale du propriétaire comme celle dont doit dépendre le statut des meubles. Mais, quant à la loi qui doit régir les droits particuliers que l'on peut acquérir, ou que l'on veut transférer sur chaque chose mobilière spéciale existant en Italie, il y est pourvu dans les autres articles comme en ce qui concerne les droits sur les immeubles. Du reste, le législateur italien, en réservant le cas où la loi nationale du propriétaire serait contraire à celle du pays où les choses mobilières se trouvent, a par là reconnu en principe que les choses mobilières sont aussi dans certains cas soumises à la loi du lieu où elles sont effectivement situées. Dès lors, le sens de l'article 7 du Code civil italien, mis en regard des autres articles, nous semble être celui-ci : Les droits particuliers de chacun sur chaque chose mobilière ou immobilière doivent être déterminés d'après les articles 6, 8, 9 et 12. Les meubles, considérés comme universalité, sont soumis à la loi de la personne, c'est-à-dire à sa loi nationale, pourvu qu'il n'y ait pas une disposition contraire dans le pays où ils se trouvent.

Les immeubles, considérés comme universalité (c'est-à-dire le territoire), sont soumis à la loi territoriale.

CHAPITRE IV

LOI DE LA SUCCESSION.

94. Importance de la question. — 95. Le régime des successions présente des différences notables dans les différents États. — 96. Dans quelles limites peut-on espérer un droit uniforme. — 97. Systèmes divers relatifs à la loi qui doit régler la succession des étrangers. — 98. De la succession d'après le droit féodal. — 99. Système admis dans le Code civil français. — 100. Loi française du 14 juillet 1819. — 101. Comment les auteurs ont cherché à justifier le droit en vigueur en France. — 102. Auteurs qui veulent faire régir la succession des étrangers par la *lex rei sitæ*. — 103. Théorie des auteurs allemands. — 104. Système consacré par le législateur italien. — 105. Comment la question doit être résolue d'après les principes rationnels du droit. — 106. Justification de la théorie qui admet la préférence de la loi de l'État dont le défunt est citoyen.— 107. Toutes les dispositions en matière de succession n'ont pas le caractère de lois territoriales. — 108. Pourquoi l'on doit préférer la loi de la patrie de chacun. — 109. Le système du législateur italien est conforme au droit rationnel.— 110. On ne peut faire aucune différence entre la succession mobilière et la succession immobilière.

94. — La controverse relative à la loi qui doit régler la succession des étrangers a une grande importance pratique. En effet, du fait d'admettre de préférence l'une ou l'autre des lois qui peuvent régler cette institution peut dériver le respect ou la violation du droit de propriété et des droits des personnes, qui, par suite de leurs rapports personnels avec le défunt, doivent être appelées à recueillir l'hérédité.

Cette controverse est aussi d'une importance capitale à raison des divergences notables des lois des divers États, qui diffèrent en beaucoup de points fondamentaux. Du reste, il nous semble impossible d'établir en cette matière un droit uniforme. La succession est un fait connexe avec le droit de

famille, qui ne peut pas être le même pour les différents peuples qui se trouvent à des degrés différents de civilisation et dans des conditions morales et politiques diverses, degrés et conditions qui influent sur l'organisation de la famille et sur les relations entre les membres de celle-ci.

95. — Certaines législations, admettant la doctrine des jurisconsultes romains, reconnaissent les successions légitimes et testamentaires, et consacrent la prépondérance de la dernière sur la première. Tel est le cas du Code civil italien, d'après lequel l'hérédité est dévolue par la loi ou par le testament et de façon que l'on n'admet la succession légitime qu'à défaut, en totalité ou en partie, de la succession testamentaire (art. 720). D'autres, au contraire, reconnaissent seulement la succession légitime. Tel est, notamment, le Code civil français qui, consacrant les principes reçus dans les anciennes coutumes de la France [1] et les idées soutenues par la section législative, [2] admet comme principe que la qualité d'héritier ne peut pas être attribuée par testament. Pour écarter toute équivoque et faire connaître que les effets attachés en droit romain au titre d'héritier tes-

[1] La maxime du droit coutumier était la suivante : « *Institution d'héritier n'a lieu*; *hæredes gignuntur non scribuntur*. Compar. Simmacus, *Epist.*, 1, 15; Loysel, *Inst. coutum.*, liv. II, tit. 4, rig. 5; Laboulaye, *Dr. de propriété*; Troplong, *Des Donat.*, *Préface*.

[2] Dans le rapport fait au Tribunat au nom de la section législative, Chabot de l'Allier s'exprima de la façon suivante: « Avant l'établissement « des sociétés civiles, la propriété était plutôt un fait qu'elle n'était un « droit. La nature a donné la terre en commun à tous les hommes ; elle « n'en a point assigné à chacun d'eux telle ou telle portion. La propriété « particulière ne pouvait donc avoir d'autre origine que le droit du pre- « mier occupant ou le droit du plus fort : elle ne durait que par la pos- « session, et la force aussi pouvait la détruire. La société civile est la « seule et véritable source de la propriété... Mais si l'homme dans l'état « de nature n'avait pas le droit de propriété, il ne pouvait la transmettre « lorsqu'il mourait ; car on ne peut transmettre, on ne peut donner ce « qu'on n'a pas, LA TRANSMISSION DES BIENS PAR SUCCESSION N'EST DONC « PAS DU DROIT NATUREL, MAIS DU DROIT CIVIL » (Séance du 26 germinal an XI).

tamentaire étaient *entièrement détruits* par le Code civil, le législateur français jugea utile d'ajouter au projet *l'article 1002*.[1] Dès lors, dans le système français, au moyen du testament, on peut uniquement faire des legs.

Il y a encore des États d'une civilisation moins avancée, qui conservent les coutumes des anciens peuples de l'Orient, d'après lesquelles la propriété de la terre appartenait exclusivement au souverain et la possession précaire était seule accordée aux sujets. C'est notamment ce qui a lieu en Turquie, où, lorsqu'une personne meurt sans laisser d'enfants mâles, le sultan a la propriété des biens et les filles l'usufruit.[2] Dans d'autres États, bien que plus avancés dans la voie du progrès, on retrouve encore vivantes les traditions du régime féodal. C'est ce qui existe notamment en Angleterre, où l'organisation de la propriété et des successions porte l'empreinte de la féodalité. Il existe finalement des législations où, par suite d'une étrange confusion entre l'élément religieux et l'élément civil, le droit de succession est refusé aux personnes qui abjurent leur religion. C'est ce qui existe notamment en Suède, où par suite d'une disposition inspirée par l'intolérance religieuse, se trouve exclu de la succession quiconque a abjuré le luthéranisme, à moins qu'il ne retourne à cette croyance ou n'obtienne une grâce souveraine dans les cinq ans de son abjuration.[3]

96. — Certaines de ces divergences pourront certainement disparaître par l'effet du progrès de la civilisation; mais il est hors de doute que l'ordre dans lequel les héritiers sont appelés à succéder, la quotité héréditaire appartenant à chacun d'eux, la plus ou moins grande extension du droit de représentation, les droits du fils naturel, du conjoint survivant et des successeurs irréguliers appelés en

[1] Dalloz, Répert., v° *Succession*.
[2] Dalloz, v° *Succession, Droit comparé*; Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. V, Ch. XIV.
[3] Code suédois, Ch. VII, art. 4.

l'absence d'héritiers, les modes d'acquisition de la propriété et de la possession de l'hérédité sont ou seront différents aux termes des lois diverses, et que jamais l'on ne pourra espérer aboutir à l'uniformité absolue. En effet, la détermination de ces diverses choses dépend en grande partie du mode d'appréciation de certaines tendances naturelles du cœur de l'homme, de l'esprit de famille et du plus ou moins d'importance accordée aux rapports personnels des successibles avec le défunt.

Ce qui, d'après nous, peut se réaliser et qui devrait être le but des jurisconsultes de tous les pays, c'est de faire admettre par tous les États un droit commun pour résoudre d'une façon uniforme les conflits qui se présentent en cas de succession d'étrangers. Pour cela, il est nécessaire de s'affranchir de certains vieux systèmes, d'idées préconçues et des principes exagérés de l'indépendance de chaque État dans ses rapports avec les autres, et d'étudier d'une façon approfondie la véritable nature du droit de succession, pour déterminer, selon l'essence de ce rapport, la limite de chacune des lois en conflit.

97. — On peut réduire à trois systèmes les théories qui ont prévalu.

Le premier système est celui d'après lequel on considère l'hérédité comme une continuation de la personnalité du défunt, et d'après lequel on soumet tous les droits héréditaires à la loi qui régissait la personne de ce même défunt. Les partisans de cette doctrine se divisent au sujet de la détermination de cette loi. Les uns soutiennent que ce doit être celle du domicile du défunt, les autres, celle de l'État auquel le défunt appartient en qualité de citoyen, et qu'on appelle aussi la loi nationale.

Le second système soumet à la loi territoriale tous les rapports qui dérivent de la succession. Pour les partisans de cette théorie, l'organisation de tout droit héréditaire serait régie par la *lex rei sitæ*, et dès lors dépendrait de la situa-

tion des biens sur le territoire soumis à l'empire de la souveraineté territoriale.

Le troisième système repose sur une doctrine mixte, qui consiste à admettre l'application de la loi personnelle du défunt pour les droits successifs sur les biens meubles et celle de la *lex rei sitæ* pour les droits héréditaires sur les biens immobiliers.

98. — Il est indispensable, pour apprécier la portée de ces différents systèmes, de rapporter sommairement les précédents historiques.

Au moyen-âge, époque de pleine barbarie, de violences et d'injustices, la condition de l'étranger était fort triste. Il était généralement considéré comme hors du droit commun. Ce n'est pas ici le lieu de parler des énormités qui se commettaient au préjudice des étrangers. L'une des plus graves consistait à leur refuser toute capacité de transmettre ou de recueillir à titre héréditaire, et dès lors à considérer les biens de l'étranger qui mourait hors de son pays comme sans maître et à les attribuer comme tels au seigneur du lieu. De là dériva la fausse conception du droit successoral des étrangers.

Il faut aussi tenir compte d'un autre précédent. Dans le système féodal, la succession était considérée comme une institution de droit politique. Elle tendait en effet à rendre permanents et immuables les rapports entre les possesseurs de la terre et leurs seigneurs féodaux, et était une des applications des principes alors dominants, à l'aide desquels on arriva à nier la liberté politique, la liberté civile et la véritable propriété. La possession de la terre fut considérée comme une concession du seigneur, même à l'égard des propriétaires allodiaux. En effet, ces derniers se trouvant dans l'impossibilité de défendre eux-mêmes leur domaine, se mirent sous la protection d'un seigneur et conservèrent leur propriété en vertu de la concession de ce suzerain, dont ils devinrent vassaux ou sous-vassaux. Ainsi, la propriété fut convertie en usufruit.

Il était naturel que dans un tel système le vassal, qui n'avait pas un véritable droit de propriété, mais la simple investiture, ne pût pas désigner son successeur. L'héritier était dès lors invariablement imposé par le seigneur selon la loi du pays et la constitution du fief, et indépendamment des liens de famille et des sentiments naturels du défunt. De là résultèrent deux conséquences : 1° on ne pouvait pas hériter si l'on n'était pas vassal ou sous-vassal, et dès lors les biens de l'étranger étaient dévolus au seigneur ; 2° personne ne pouvait hériter que conformément à la loi du pays où étaient situés les biens.

99. — Quand les souverains se substituèrent aux seigneurs, les traditions féodales ne disparurent pas complètement. Aussi, dit-on que le droit de succession est une institution de droit civil.[1]

Pothier, entre autres, a écrit dans l'introduction de son traité des successions, que le droit de succession tant actif que passif est de droit civil, parce que c'est la loi civile qui défère la succession des défunts et qui y appelle les personnes qui doivent la recueillir. De là il résulte, dit encore cet auteur, que seuls les citoyens qui jouissent de la vie civile, ont le droit de transmettre leur succession.[2]

Cette théorie qui considère la succession, aussi bien active que passive, comme une institution de droit civil, est la théorie traditionnelle des jurisconsultes français, qui ont écrit pendant que le droit coutumier était en vigueur. Elle fut chaudement soutenue devant les assemblées politiques par Mirabeau et par Robespierre, et devant le Conseil d'État par Tronchet,[3] et fut affirmée dans le rapport fait au Tri-

[1] Compar. Laferrière, *Hist. du dr.*, T. II, p. 88 et 521 ; — Loysel, *Institution de dr. coutum.*, Liv, II, tit. IV ; — Dupin et Laboulaye, T. I, p. 298.
[2] *Traité de la succession*, Ch. I, sect. I.
[3] *Histoire parlementaire*, T. IX.

bunat au nom de la commission législative.[1] Depuis, des jurisconsultes de valeur l'ont encore soutenue.

On ne saurait dès lors s'étonner si on a appliqué si rigoureusement en France le droit d'aubaine, d'après lequel l'étranger était incapable de succéder et de transmettre *ab intestat* ses biens situés en France, quel que fût l'héritier ou le légataire.[2]

Cependant l'Assemblée nationale, par la loi du 6 août 1790 et mieux encore par le décret du 8 avril 1791, avait déclaré les étrangers capables de succéder et de transmettre en France. Mais, avec le Code civil, on rétrograda. En effet, l'article 726 est ainsi conçu : « Un étranger n'est admis à « succéder aux biens que son parent, étranger ou Français, « possède sur le territoire du royaume, que dans les cas et « de la manière dont un Français succède à son parent pos- « sédant des biens dans le pays de cet étranger, conformé- « ment aux dispositions de l'article 11, au titre de la jouis- « sance et de la privation des droits civils. » De même, l'article 912 dispose : « On ne pourra disposer au profit d'un « étranger, que dans le cas où cet étranger pourrait dispo- « ser au profit d'un Français. »

Ces deux articles combinés avec l'article 11, n'ont pas ôté à l'étranger la capacité de transmettre, mais ont subordonné la capacité de succéder aux conditions établies par le législateur. Toutefois, ces conditions ont été interprétées si rigoureusement[3] par la jurisprudence, que l'hérédité était ordinairement déclarée caduque et dévolue au fisc. En réalité, le législateur français n'a pas consacré la confiscation

[1] Rapport au Tribunat de Chabot de l'Allier, du 26 germinal an XI.

[2] Favard, *Répert.* V° *Aubaine* ; Rej. 2 prairial an IX (Bastard), Sirey, I, 1, 442.

[3] Chabot, *Succession*, sur l'art. 726 ; Demante, T. I, n° 10 *bis* et T. III, n° 33 *bis* ; — Duranton, t. I, n° 84 et T. VI, n° 82 ; — Toullier, T. II, n° 102 ; Demangeat, *Condition des étrangers*, p. 236 ; — Rodière, *Revue de législat.*, t. I, 1850, p. 182 ; — Cass. 24 août 1808 (Husseman) ; Cass. 1er février 1813 (Tarchini) ; Rej. 9 février 1831 (Raggio) ; Douai, 1er mai 1819 (Robain), *Pasicrisie.*

directe telle qu'elle était admise dans l'ancien droit sous le nom de droit d'aubaine ; mais il a justifié la confiscation indirecte, au moyen des deux articles précités.

L'article 11, en effet, accorde à l'étranger la jouissance des droits civils, qui sont reconnus aux Français en vertu des traités conclus avec l'État dont cet étranger est citoyen. Par conséquent, la capacité de transmettre la succession était, d'après le Code civil français, subordonnée à la condition de la réciprocité convenue dans les traités. Du reste, le motif de l'adoption de cette condition dans le code civil français se révèle dans les paroles suivantes de Treilhard au Corps législatif, lors de la discussion de l'article 11 : « On « sera, disait-il, du moins forcé de convenir que le principe « de la réciprocité d'après les traités *a cet avantage bien « réel*, que les traités étant suspendus par le seul fait de la « déclaration de guerre, chaque peuple redevient le maître « de prendre dans ces moments critiques L'INTÉRÊT DU MO- « MENT pour unique règle de sa conduite. »[1]

100. — Les injustes dispositions du Code civil français relatives aux successions ont été abrogées par la loi du 14 juillet 1819,[2] qui fut intitulée : *Loi relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction*. Mais cette loi ne consacra pas les vrais principes et ne pouvait pas le faire, parce qu'elle fut dictée par l'intérêt et non par les sentiments de justice et d'humanité. Ce fut, du reste, le ministre de la justice lui-même, qui le déclara dans l'exposé des motifs de la nouvelle loi. « Ce n'est pas, disait-il, par un mouvement de « générosité que nous voulons effacer les différences rela- « tives aux successions et aux transmissions de biens, C'EST « PAR CALCUL. »[3]

[1] Locré, *Législation civile*, T. IV.

[2] Cette loi fut étendue aux colonies françaises par l'ordonnance du 21 novembre 1821, sauf la réserve contenue dans l'édit de juin 1783 (Demolombe, *Successions*, T. I, nº 212).

[3] Séance du 4 mai 1819 à la Chambre des Pairs (Locré, *Législation civile*, T. X, p. 501).

Cette loi n'eut dès lors pas pour motif de réparer une injustice, mais uniquement de pourvoir aux intérêts de la France. Elle concéda, en effet, aux étrangers le droit de succéder à seule fin d'éviter qu'ils portassent hors de France leurs capitaux et leur industrie. Toutefois, le législateur, tout en accordant cette capacité aux étrangers, établit en même temps que leur succession devait être régie entièrement par le droit français, car on y lit : « Les étrangers au-« ront le droit de succéder, de disposer et de recevoir de la « même manière que les Français. » [1]

Aussi, la jurisprudence française a-t-elle consacré la règle que la succession et le partage des immeubles existant en France et appartenant à un étranger, décédé soit dans le pays, soit hors des frontières, doit être régie par la loi française, même lorsque les héritiers sont étrangers. Lorsqu'une partie seulement des biens se trouve en France, tandis que le reste se trouve à l'étranger, on doit procéder comme s'il s'agissait de successions complètement distinctes, et appliquer toujours la loi française pour la succession qui s'ouvre en France. Dès lors, l'étranger, bien qu'appelé à succéder d'après la loi de son pays, ne succède pas pour les immeubles situés en France, lorsqu'il est exclu d'après la loi française, et *vice versa*. Ainsi, un père étranger, qui serait d'après la loi de sa patrie l'unique héritier de son fils à l'exclusion de l'aïeul maternel, doit concourir avec celui-ci pour les immeubles situés en France ; ce conformément à la loi française. [2] Cette loi doit aussi régler l'extension

[1] A notre sens, dans cette disposition, le législateur s'occupe uniquement de la capacité des étrangers, de l'étendue de son droit et à ce point de vue l'assimile au français, mais sans s'occuper de la loi applicable à sa succession. Il ne dit, en effet, aucunement que cette succession sera dévolue et réglée conformément à la loi française. Cela est tellement vrai du reste que les auteurs et la jurisprudence, se basant sur la théorie traditionnelle, font régir la succession mobilière par la loi nationale du défunt étranger. — (Note du traducteur, Ch. A.).

[2] Cass., 21 juill. 1851 (Gural), *Sirey*, 1851, 1, 685 ; Rej., 31 décembre 1850 (Marinetti), *Pasicrisie* ; Cass., 14 mars 1837 (Stevart), *Pasicrisie ;* Compar. Demolombe, *Successions*, T. I, n° 196 ; Demante, sur l'art. 3 (T. I,

des droits successifs, et tout ce qui concerne l'ordre de la succession.

Dans l'affaire Etchevest contre Galharagua, où il s'agissait des droits successifs d'un fils naturel espagnol qui concourait avec les fils légitimes dans la succession paternelle, et qui, d'après la loi personnelle, aurait eu droit aux aliments, il fut décidé qu'en ce qui concernait la succession mobilière, il serait exclu conformément à la loi de son pays; mais que sur les immeubles existant en France il jouirait des droits successifs que lui conférait la loi française. [1]

Par application des mêmes principes, les tribunaux français se sont déclarés compétents pour connaître des immeubles situés en France et en ordonner le partage conformément à la loi française [2] et ont admis généralement que les demandes en partage d'immeubles situés en France et appartenant à la succession d'un étranger mort hors de France devaient être portées devant le tribunal du lieu de la situation des biens et non devant celui du lieu où la succession se serait ouverte. [3] L'article 3 du Code civil français, disait la Cour de Colmar, qui soumet à la loi française les immeubles situés en France, bien que possédés par des étrangers, soumet par une conséquence nécessaire les mêmes immeubles à la juridiction française, le pouvoir juridictionnel, aussi bien que le pouvoir législatif, étant une émanation de la souveraineté. Par suite de ces considérations, les tribunaux français n'ont pas considéré l'article 59 § 6 du Code de procédure civile français comme applicable aux successions ouvertes en pays étranger et aux actions dérivant de ces mêmes successions. Au contraire, ils ont appliqué l'article 14 du Code civil pour les actions personnelles [4] et l'article 3 du même

n° 10) et sur l'art. 726 (T. III, n° 23); Marcadé, sur l'art. 3 (T. I, p. 49 et suiv.).

[1] Pau, 17 janv. 1872 (Etchevest), *Pal.*, 72, 936.

[2] Merlin, *Répert.*, V° *Compétence*, § 6, n° 9; Pigeau, L. 2, Ire *part.* T. II, Ch. I; Legat, p. 295; Cass., 14 mars 1837 (Stewart), *Pasicrisie.*

[3] Colmar, 12 aout 1817 (*Girardy*), *Pasicrisie.*

[4] Paris, 17 novembre 1834, *Pasicrisie*; Paris, 11 décembre 1847 (Kuhn). *Dalloz*, 48, 2, 49.

Code pour les actions relatives aux immeubles situés en France.[1] Toutefois, en ce qui concerne le partage de la succession d'un étranger mort en France, ils se sont déclarés compétents pour connaître même du partage des biens meubles, lorsque cet étranger avait son domicile en France, et, incompétents s'il n'y avait pas son domicile, toujours par suite de la distinction entre la succession mobilière, qui est régie par une loi unique et de la succession immobilière qui est régie par la *lex rei sitæ*.[2]

Les auteurs français et la jurisprudence française ont admis généralement que, la succession s'ouvrant au domicile du défunt, c'est d'après la loi du domicile qu'on doit déterminer les droits des héritiers.[3] Même en ce qui concernait la succession d'un français qui avait établi son domicile à l'étranger, on appliqua la loi du domicile de préférence à la loi française,[4] et cela surtout pour les biens meubles,[5] de telle sorte que la Cour de cassation française a décidé que dans la succession d'un français domicilié en pays étranger les agnats étaient appelés à succéder à l'exclusion des cognats, parce que telle était la disposition de la loi du pays où le Français était domicilié.[6]

Dans certaines décisions, qui sont à notre connaissance, on trouve en réalité établi comme principe que la succession mobilière doit être régie par la loi nationale.[7] Toutefois, il

[1] Cass. française, 10 novembre 1847 (François), *Dalloz*, 48, 1, 38.

[2] Paris, 13 mars 1850 (Brown), *Pas.*, 51, 2, 791 ; Riom, 7 avril 1835, *Pasicrisie*.

[3] Riom, 7 avr. 1835 (Onslow), *Pasicrisie ;* Paris, 13 mars 1830 (Brown). *Pas.*, 51, 2, 791 ; Bordeaux, 16 août 1845 (Manevra), *Dalloz*, 47, 245 ; Compar. Rodière, *Revue de législat.*, T. I, 1850, p. 185 ; Chabot, *Succession*, sur l'art. 726.

[4] Cass. française, 27 avril 1868 (Jeannin), *Palais*, 68, 636 ; Cass. fr., 25 juin 1866 (Gautier), *id.*, 65, 764 ; Compar. Toulouse, 7 décembre 1863 (Mouret), *id.*, 64. 1184.

[5] Paris, 13 mars 1850 (Brown), *Pas.* 51, 2, 791 ; Paris, 25 mai 1852, 6 janv. 1862, *Palais*, 52, 2, 232 ; 63, 68.

[6] Cass. française 27 avril 1868, cit.

[7] Lyon, 21 juin 1871 (des Guidi), *Pal.*, 72, 900 ; Paris, 14 juill. 1871 (Bergold), *Pal.*, 71, 505 ; Pau, 17 janv. 1872 (Etchevest), *Pal.*, 72, 936 ;

est à noter que dans toutes ces espèces, le domicile coïncidait avec la nationalité, de sorte que l'on ne pourrait pas affirmer que la jurisprudence la plus récente ait admis comme principe de soumettre la succession mobilière de l'étranger à sa loi nationale. Dans le jugement du tribunal du Havre, il est aussi admis que si un étranger avait en France son domicile légal, sa succession immobilière serait dévolue d'après la loi française.[1]

Nous ne voulons néanmoins pas omettre de noter que le jugement du tribunal du Havre est le début d'une importante réforme dans le sens libéral et progressif. En effet, si les principes doctrinaux qui motivent cette décision étaient acceptés par la jurisprudence française, et si, comme toujours, ils n'étaient pas diversement interprétés par suite de la sollicitude exagérée des tribunaux français pour la protection de leurs nationaux, le mérite en reviendrait aux doctes magistrats, qui ont pris pour base de leur décision les principes rationnels, en écartant les règles surannées de la vieille école.

101. — Les auteurs français ont cherché à justifier le système consacré par le législateur de leur pays, en soutenant que le statut successif est réel et que les immeubles doivent être régis par la *lex rei sitæ*. Toutefois, en réalité, la véritable raison d'être de ce système, c'est qu'en France on n'a pas su s'émanciper de l'influence de la théorie féodale, d'après laquelle on considérait le droit de succéder comme une concession du seigneur de la terre et l'ordre de la succession comme connexe au principe politique de chaque pays. « Toute loi de succession, écrit Demangeat, est « une loi politique, une loi qui intéresse l'ordre public : le « droit privé, en matière de succession, se plie toujours aux « données du système de gouvernement en vigueur ; et « suivant que le gouvernement est un gouvernement de « privilège ou un gouvernement national, dans la loi de

Paris, 29 juill. 1872 (Morand), *Pal.*, 73, 690 ; Le Havre, 22 août 1872 (Myers), *Pal.*, 72, 1219.

[1] Jugement cité.

« succession on voit régner l'idée de privilège ou l'idée d'é-
« galité. Il suffit pour s'en convaincre de parcourir les dif-
« férentes lois sur les successions, qui ont été admises en
« France aux différentes époques de notre histoire : toutes
« apparaissent d'une manière plus ou moins frappante
« comme des instruments, dont se sert le souverain pour
« faire prédominer tel ou tel grand principe d'organisation
« politique et sociale..., il y a, par conséquent, un intérêt
« public à ce que notre loi française choisisse toute succes-
« sion laissée en France par quelque personne que ce soit ».[1]

Aubry et Rau, dans leur commentaire du Code civil français d'après la méthode de Zachariæ, ont modifié la théorie originale de cet auteur, qui admet en principe la doctrine des jurisconsultes allemands. Ils ont, en effet, admis la théorie traditionnelle, à l'appui de laquelle ils font valoir les arguments suivants : « Comme le territoire forme, en quelque sorte, la base matérielle de l'État dont l'existence se
« trouve ainsi intimement liée au sort des immeubles qui
« composent ce territoire, aucun législateur n'a pu consen-
« tir à soumettre les immeubles situés dans son pays à l'em-
« pire d'une loi étrangère... Or, au point de vue des motifs
« sur lesquels cette règle est fondée, il n'y a point à dis-
« tinguer entre la transmission à titre particulier d'un ou
« plusieurs immeubles déterminés, et la dévolution à titre
« universel d'une universalité d'immeubles. Vainement,
« pour soutenir le contraire, objecte-t-on d'une part : que
« le patrimoine, n'étant pas un objet extérieur et se con-
« fondant avec la personne même qui en est propriétaire,
« n'a point d'assiette ou de situation distincte du domicile
« de cette personne ; d'autre part : que la succession *ab*
« *intestat* est déférée d'après la volonté présumée du défunt,
« et que, pour interpréter cette volonté, il convient de se
« référer à la loi de sa patrie ; qu'ainsi sous ce double rap-
« port, la succession doit, même quant aux immeubles

[1] Demangeat, *Condition des étrangers*, p. 337.

« situés en pays étranger, être régie par la loi nationale du « défunt... Si, pour le règlement des successions, le législateur tient d'ordinaire compte des affections naturelles et « présumées de l'homme, cette considération n'est et ne peut « être que secondaire : ce qui domine dans la matière des « successions, ce sont des vues politiques, des raisons d'intérêt social ; et c'est là un motif de plus pour exclure, dans « cette matière, toute application d'une loi étrangère. »[1]

102. — On ne saurait méconnaître que la théorie, sur laquelle repose la législation française, a été unanimement admise, à peu d'exceptions près, par les jurisconsultes et les législateurs de tous les pays. Elle a été la conséquence de l'application des principes exposés dans le chapitre précédent relativement à la territorialité de toute loi règlant les droits sur les immeubles. Nous trouvons, en effet, comme base de la doctrine et des législations la règle, *quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, totidem patrimonia intelliguntur*. Jean Voët avait ainsi formulé cette règle : *Immobilia deferri secundum leges loci in quo sita sunt, adeo ut tot censeri debeant diversa patrimonia, ac tot hæreditates, quot locis diverso jure utentibus immobilia existunt.*[2] Cette théorie ne fut pas seulement admise par les jurisconsultes des XVI,ème XVIIème, et XVIIIème siècles,[3] mais encore par la majorité des juristes modernes, à l'exception toutefois de ceux de l'Allemagne, qui, s'inspirant des principes du droit romain, admirent que la succession devait être régie par la loi personnelle, par le motif qu'on devait la considérer comme une *universitas juris* représentant de droit la personne même du défunt.

Les autres auteurs sont unanimes à admettre la même règle. Bynkersoëk écrit : *Immobilia enim deferri ex jure,*

[1] Aubry et Rau, note 4 au § 31 de Zachariæ.
J. Voët, *Comm. ad Pand.*, lib. XXXVIII, tit. XVII, n° 34.
[3] Paul Voët cite une longue liste d'auteurs qui ont soutenu la même opinion. V. son ouvrage *De statutis*, § 9, cap. 1, n° 4, p. 253 édit. de 1715.

quod obtinet in loco rei sitæ, adeo hodie recepta sententia est, ut nemo ausit contradicere. De son côté Rodenburg dit : *Jus rebus succedendi immobilibus semper a loco rei sitæ metiendum*, et Paul Voët : *Quid si circa successionem ab intestato statutorum sit difformitas? Spectabitur loci statutum ubi immobilia sita non ubi testator moritur.* [1]

103. — Les auteurs allemands ont été les premiers à combattre la théorie traditionnelle, qu'en matière de succession, immobilière surtout, on admettait la territorialité absolue de la loi. Ce qui contribua puissamment à ce résultat, c'est le fait, de la part de ces auteurs, d'avoir admis la conception romaine sur la nature de la succession, ce qui fut la conséquence de la grande autorité du droit romain en Allemagne. Les juristes allemands ont, en effet, admis le principe que le patrimoine, considéré comme université, est un objet qui comprend tous les droits actifs et passifs de la personne, et qui dès lors ne peut être envisagé comme divisé en choses mobilières et immobilières, en droit de créances et en dettes, mais qui au contraire, pris dans son ensemble représente une unité idéale, une *universitas*. D'après eux, le patrimoine, considéré comme tel, n'existe pas plus en un lieu que dans un autre, car avant la mise en possession de l'héritier il représente de droit la personne même du défunt, et comme il doit être considéré comme la continuation de la personne de ce dernier, il doit être régi par la même loi que lui. Cette théorie, soutenue d'abord par Savigny, par Mittermaier et par Menken, a été ensuite admise par la majorité des auteurs allemands, puis dans ces derniers temps par tous les auteurs italiens, par quelques auteurs français [2] et vigoureusement défendue par Laurent.

[1] Voir Bynkersoëk, *Quæst. privat. jur.*, lib. I, cap. XVI, p. 180 ; Rodenburg, *De diversit. stat.*, 2e part., tit. II, cap. II, p. 59 ; Burgundius, *De diversit. stat.*, tit. II, 2e part., cap. II, § 1 ; De Boullenois, *Appendice*, t, II, p. 59 ; P. Voët, *De statut.*, § 9, cap. I, n° 34 ; Sande, *Decisiones frisicæ*, lib. IV, tit. VIII, dif. 7 ; De Boullenois, *Observ.*, 33.

[2] Parmi les auteurs qui ont récemment soutenu en France que la suc-

104. — Le législateur italien a été le premier a consacrer une innovation aussi importante. Il a, en effet, non seulement assimilé l'étranger au citoyen relativement au droit de succéder, mais il a encore admis que la loi par lui désignée pour régir l'état de la personne et les rapports de famille devait aussi régler ce qui concerne l'ordre des héritiers, la mesure des droits successifs et la validité intrinsèque de la disposition testamentaire, quelle que soit la nature des biens et quel que soit le pays où ils sont situés.[1]

cession doit être régie par la loi personnelle, nous devons citer Dubois, dans le *Journal du droit international privé*, 1875, p. 51-54 ; Bertauld. *Questions pratiques et doctrinales*, § 75 et suiv. ; Antoine, *De la succession en droit international privé*. Ces auteurs se sont efforcés de démontrer que l'opinion qu'ils admettent en théorie n'est pas contraire aux dispositions du Code civil français. Toutefois Laurent prouve, à l'aide de beaucoup d'arguments sérieux que le Code civil français a consacré le principe traditionnel de la réalité du statut de la succession, et que la jurisprudence française a reconnu constamment ce principe (*Droit civil international*, T. VI, § 128 et suiv.)

[1] *bis*. A notre sens, le Code civil français, muet sur la question, a laissé le champ libre à la discussion et ne s'oppose nullement à l'admission de la loi nationale, pour régler la succession tout entière de l'étranger. Le seul argument invoqué par les partisans du système traditionnel faisant régir la succession mobilière par la loi du domicile et la succession immobilière par la loi locale, c'est que cette théorie prévalait dans la doctrine et la jurisprudence françaises antérieures au Code civil. Mais on peut y répondre qu'aucune disposition législative n'avait consacré cette application de la théorie des statuts, et qu'elle est restée par conséquent dans le domaine de la discussion ; que dès lors à une opinion, on peut en substituer une autre plus rationnelle (Voir notre ouvrage : *De la succession légitime et testamentaire en Droit international privé* (Marescq, 1876). — (Note du traducteur Ch. A.).

[1] Art. 8 des dispositions générales du Code civil italien.

L'innovation la plus hardie et la plus grandiose de la législation italienne a été d'admettre pour l'étranger la capacité active et passive de succéder, sans aucune condition de réciprocité. Notre législateur est arrivé ainsi à reconnaître, que le droit de transmettre la propriété doit être considéré comme un véritable droit de l'homme, et a ainsi donné un mémorable exemple à tous les États civilisés.

Dans le projet du Code civil, la Commission du Sénat n'avait pas accepté le système libéral proposé par Pisanelli, celui d'admettre les étrangers à jouir des droits civils à l'égal des citoyens. Aussi, cette commission

105. — Il nous reste à examiner lequel des différents systèmes répond le mieux aux principes rationnels du droit. Nous trouvons dans l'autorité des auteurs contemporains, qui ont admis la nouvelle théorie, un motif puissant pour nous engager à persévérer dans l'opinion, que nous avons précédemment exposée dans notre traité de droit international public imprimée en 1865[1] et dans la première édition du présent livre imprimée en 1869. Nous soutenions, en effet, déjà que la loi régulatrice de la succession doit être celle à laquelle sont soumis la personne et les rapports de famille. Cette théorie est la juste conséquence des principes qui imposent partout le respect des droits de la personne et de la loi qui doit régir les rapports de famille.

Il faut, en effet, considérer que la propriété est le complément nécessaire de la personnalité humaine, et que l'élément essentiel qui caractérise le droit de propriété est la faculté de pouvoir disposer, librement et selon nos propres intérêts et selon nos propres tendances naturelles, de ce qui nous appartient. Etant donné que le droit de propriété est un droit de l'homme, qui doit être sauvegardé par la loi civile, mais

avait-elle ajouté un article (742) ainsi conçu : « Dans le cas de partage « d'une succession déférée à des citoyens et à des étrangers, et composée « de biens situés dans le royaume et à l'étranger, les héritiers citoyens « auront le droit de prélever sur les biens existant dans le royaume une « portion égale en valeur aux biens situés en pays étranger, dont ils au- « raient été, à un titre quelconque exclus en tout ou en partie. » Cette disposition fut rejetée par la commission législative, parce qu'elle fut, avec raison, considérée par elle comme une véritable représaille contraire aux principes libéraux, dont on voulait faire la base du nouveau Code. Voir *Procès-verbaux*, séance du 11 mai.

[1] Voici ce que nous écrivions dans notre *Droit public international* (Milan 1685, p. 137) : « La loi de la succession étant dans l'intérêt privé de « la famille du défunt, elle doit être reconnue partout, parce qu'aucune « nation ne peut prétendre régler les intérêts des familles étrangères ; « mais si cette loi violait l'intérêt économique et public de la nation chez « laquelle existent les biens, elle ne devrait pas être appliquée, parce « qu'elle altérerait l'organisme de la propriété. Il en serait ainsi, par « exemple, si une loi de succession admettait des liens fidéicommis- « saires, qui ne pourraient avoir aucune efficacité dans un pays étranger « où ils auraient été abolis par le législateur. » Compar. la traduction française de cet ouvrage par Pradier-Fodéré, T. I, p. 305.

qui n'en dérive pas, que le droit de disposer de sa propre chose est compris dans celui de propriété,[1] il en résulte que le refus au propriétaire légitime de ce droit équivaut à une atteinte à la personnalité humaine, qu'on prive ainsi d'une de ses plus justes prérogatives.

Il faut en outre considérer, que le législateur peut régler la succession en tant qu'il est appelé à protéger les droits appartenant aux membres de la famille, en déterminant quelle est la part qui leur est réservée; et que, pour la partie dont on ne peut disposer par testament, il peut déterminer la succession en l'absence de cet acte, parce que la disposition de la loi est considérée comme déclarative de la volonté présumée du défunt.

Or, il nous semble clair, que la loi de la succession doit être unique, parce que, si tout doit dépendre des rapports de famille et de la volonté présumée du *de cujus*, on ne saurait admettre que celui-ci ait pu avoir autant de volontés qu'il y a de pays où il possède des biens, et que l'on peut encore moins admettre, sans tomber dans l'absurde, qu'il ait pu avoir en même temps deux volontés opposées, en désignant comme héritier une personne pour les biens situés dans un pays et en l'excluant en même temps pour les biens situés dans un autre.En considérant, que le patrimoine, pris dans son ensemble, est une unité indivisible, une *universitas*, il nous semble clair que la loi en règlant la transmission doit être unique.

106.—Mais entre les diverses lois en concurrence,quelle est celle que l'on doit considérer comme la loi de la succession ? Nous pensons que c'est celle de l'État dont le *de cu-*

[1] Compar. Gabba, *Essai sur la véritable origine du droit de succession*; Platon, *Dialogue de la loi*; Aristote, *Politique*, II, 8 ; Puffendorf, *De jure nat. et genti.*, lib. IV, cap. X, § 4 ; Cocceius, *Animad. ad Grotium*, lib. II, cap. VII, § 14 ; Thomasius, *De orig. success. testam.*, 3, 12, 32 ; Bynkersoëk, *Observationes juris romani*, lib. II, cap. II ; Tronchet, *Séance du 7 pluviôse an XI ;* Toullier, *Code civil*, I, V. § 343 ; Grenier, *Des donations et testaments. Discours historiques.*

jus est citoyen, à moins toutefois que l'application de cette loi dans le pays où les biens héréditaires sont situés ne soit contraire au droit public et aux lois d'ordre public qui y sont en vigueur.

Le conflit et la concurrence des lois pourrait, en effet, se produire entre la loi du lieu du décès, celle du pays où se trouverait la majeure partie des biens héréditaires, celle du domicile et celle de l'État dont le *de cujus* était citoyen.

La loi du lieu du décès ne peut exercer aucune influence, parce que la succession s'ouvre nécessairement au moment où la mort se produit, mais au lieu du dernier domicile du défunt.

Le système qui admet la prépondérance de la *lex rei sitæ* se fonde principalement sur la considération que le droit de succession a une connexité étroite avec le droit politique. Cet argument ne nous semble néanmoins pas décisif en droit moderne, comme il l'était en droit féodal. Il peut cependant être invoqué utilement dans les pays où les traditions féodales se sont encore conservées, comme dans la Grande-Bretagne ; mais on ne peut pas ériger en principe, contrairement aux données de la science moderne, la proposition de Demangeat, que *toute loi de succession est une loi politique*.

Nous admettons que le principe politique, économique et social sur lequel repose l'organisation de l'État, se révèle dans les lois de succession aussi bien que dans toutes les institutions juridiques de chaque pays. Le droit civil de chaque peuple est, en effet, le développement du droit privé mis en harmonie avec le droit social et le droit politique ; mais c'est précisément pour cela que le droit civil fait pour un peuple ne peut pas être appliqué entièrement à un autre. D'autre part, si la souveraineté était encore actuellement basée sur des combinaisons territoriales factices, il serait vrai de dire que toute loi réglant la succession des immeubles devrait être considérée comme une loi politique, en raison de sa connexité avec le principe politique. Au contraire,

d'après la conception du droit moderne, l'État et la souveraineté reposent sur des bases bien distinctes, et leur principale mission est la protection du droit au moyen de l'application de la loi qui, selon la nature des choses et des relations juridiques, en doit régler l'exercice et la jouissance. Or, étant donné, ainsi que nous l'avons dit, que le droit de transférer la propriété appartient à l'individu, comme compris dans celui de propriété : que la souveraineté intervient dans le règlement de la succession, soit en limitant la faculté de disposer par testament et en fixant la quotité légitime appartenant à chacun des membres de la famille, qu'elle protège ainsi, soit en déterminant l'ordre de la succession et la mesure des droits successifs, en l'absence de testament, conformément à la volonté présumée du défunt, il nous semble clair que, d'après la nature des choses, la loi qui doit régler la succession soit celle-là même, qui doit régler et protéger les droits de la famille et soit celle sous l'empire de laquelle vit civilement chaque individu, c'est-à-dire la loi de l'État, dont il est citoyen.

Quand quelqu'un meurt sans testament, sa succession est réglée par la loi, parce qu'elle est considérée comme le testament présomptif du défunt. Chaque législateur adopte à ce sujet les présomptions qui lui paraissent en harmonie avec les tendances naturelles de l'homme considéré dans ses rapports avec la famille. On doit, par conséquent, admettre que la souveraineté territoriale ne peut avoir aucun intérêt à appliquer en principe aux étrangers les lois faites pour les propres citoyens, en justifiant cette application par la seule considération que les biens héréditaires se trouvent sur le territoire de l'État. Si tout doit dépendre de la volonté présumée du propriétaire, il est plus raisonnable que, parmi les différentes lois, on préfère celle qui peut révéler plus directement cette volonté présumée ; et elle ne peut être révélée que par la loi de l'État, sous la protection duquel vit civilement l'individu et sa famille.

Quel intérêt, par exemple, peut avoir la souveraineté fran-

çaise à appliquer, en l'absence de testament, aux Russes, aux Anglais ou aux Italiens, les lois de la succession faites pour protéger les droits des membres de la famille française et pour régler la transmission du patrimoine appartenant à un Français? Son unique intérêt est de conserver et de protéger le droit social et par conséquent d'empêcher que la loi étrangère, même en tant que réglant les rapports successifs des citoyens, ne soit appliquée en ce qui concerne les biens situés en France, lorsqu'elle aurait pour résultat de graves atteintes au droit social français. Nous admettons dès lors, même à l'égard des lois qui doivent régler les droits et les rapports dérivant de la succession, que l'on doit considérer comme lois territoriales celles qui ont pour but la protection du droit social; mais qu'on ne peut également considérer comme telles celles qui règlent la succession dans l'intérêt privé des successibles.

107. — L'erreur à ce sujet consiste à considérer toutes les dispositions en matière de succession, comme ayant la même importance, et à vouloir trouver en toutes le caractère de la territorialité. Ainsi, par exemple, Duranton, admettant la manière de voir de d'Aguesseau, a enseigné que la loi qui établit la réserve au profit de certaines personnes est une *loi réelle*, comme celle qui défend l'aliénation des biens dotaux. Partant de là, cet auteur a conclu que l'étranger doit avoir sur les immeubles situés en France la quote héréditaire assignée par la loi française. Nous, au contraire, nous soutenons que la loi française, faite pour régler les rapports patrimoniaux des familles françaises, ne peut être appliquée aux étrangers, parce que la loi de la patrie de chacun doit pourvoir à la protection des intérêts et des rapports privés des familles, et que l'on pourrait refuser toute autorité en France aux lois étrangères, alors seulement qu'en les appliquant, on porterait atteinte au droit public français et aux lois d'ordre public.

C'est ce qu'on peut dire notamment des lois sur la trans-

mission des fiefs, sur les fidéicommis, sur les substitutions, qui ne peuvent avoir d'effet dans un État qui a complètement aboli le régime héréditaire féodal. Il en est de même des lois qui établissent un régime privilégié de succession pour les familles nobles, ou qui consacrent les majorats ou des institutions du même genre. De telles lois ne peuvent, en réalité, rigoureusement être qualifiées de lois de succession, ce mot servant à désigner les lois qui règlent de la façon la plus convenable la transmission et le partage des biens du défunt au profit des membres de la famille, d'après les droits de ceux-ci et la libre volonté expresse ou tacite du défunt. Au contraire, les lois sur la transmission des fiefs, sur les majorats et les fidéicommis sont d'une nature mixte : elles excluent la succession testamentaire, le partage des biens, les droits successifs de la femme et ont le caractère de lois politiques inspirées par l'intérêt particulier de l'État qui les a admises. Par conséquent, ces lois ne peuvent avoir d'autorité que sur le territoire soumis à la souveraineté dont elles émanent.

108. — Les raisons pour lesquelles nous pensons encore que la loi de la succession doit être celle de la patrie et non celle du domicile, sont celles que nous avons exposées plus haut, quand il s'est agi de déterminer la loi, à laquelle chaque personne doit être soumise. Il est donc nécessaire d'en tenir compte, ainsi que des réserves que nous avons faites.

109. — De ce que nous avons dit, il résulte que de tous les systèmes, celui qui répond le mieux au droit rationnel est celui qui a été admis par le législateur italien, et qui se résume dans l'article 8 des dispositions générales du Code civil italien, qui est ainsi conçu : « Les successions légiti-
« mes et testamentaires, soit quant à l'ordre de succéder,
« soit quant à la mesure des droits successifs et à la vali-
« dité intrinsèque des dispositions, sont réglées par la loi

« nationale de la personne, de l'hérédité de la laquelle il « s'agit, de quelque nature que soient les biens et en quel- « que pays qu'ils se trouvent. »

Il faut espérer que les principes consacrés en droit italien seront admis par tous les États civilisés,[1] tant parce qu'ils sont les plus conformes au droit rationnel, que parce qu'ils conduisent à éviter les nombreux inconvénients et contradictions, qui résultent nécessairement du système admis dans les autres pays. Il arrive, en effet, dans l'ordre actuel de choses, que lorsqu'un Italien vient à décéder sans testament, et laisse une partie de ses biens en France et une autre partie en Autriche, en raison de l'application dans ces pays de la *lex rei sitæ* pour la succession immobilière, il se peut que la veuve recueille dans un lieu la moitié et dans un autre le tiers des biens ou moins encore. Comme, d'autre part, dans chacun de ces pays, l'hérédité est considérée comme distincte, on doit aussi admettre que l'héritier appelé puisse accepter la succession en Italie et en France et y renoncer en Autriche. On aboutit ainsi à une anomalie contraire à la nature du droit héréditaire, qui est indivisible comme la personne du défunt, dont la succession est la continuation.

Il est également difficile dans le système que nous combattons, de résoudre les questions relatives à l'égale répartition des dettes héréditaires, quand les personnes appelées à succéder diffèrent suivant les différents pays, et quand les immeubles donnés en garantie se trouvent dans des pays

[1] Si l'on examine les législations positives, on constate que, réserve faite du Code civil italien, on n'admet le principe de l'unité de la succession que dans un seul Code, celui de Saxe, § 17, où il est dit que la succession doit être régie par la loi du dernier domicile du défunt. Savigny a cherché à soutenir que les dispositions du Code prussien ne sont pas incompatibles avec la théorie par lui admise de l'unité de la succession.

Nous devons toutefois rappeler qu'un arrêt du tribunal suprême de Madrid du 6 juin 1873 (*Journ. du dr. internat. privé*, 1874, p. 40), a admis le principe que la loi nationale du *de cujus* doit régir la succession, cette Cour ayant décidé que la nullité d'un testament inofficieux devait être appréciée d'après la loi nationale du défunt.

régis par des statuts successifs différents.[1] Du reste, en ce qui concerne l'obligation de la *collation* et le *jus accrescendi*, il peut se présenter de sérieuses difficultés dans le système que nous combattons, lorsque les biens sont situés dans des pays régis par des lois distinctes. Il peut arriver, par exemple que, tandis que la loi du pays où existe une partie des biens du défunt reconnait le droit d'accroissement au profit des cohéritiers, la loi de l'autre pays où se trouve le reste des biens n'attribue pas la portion vacante à l'autre cohéritier en raison de sa renonciation, mais au parent le plus proche, soit par représentation, soit en vertu de son droit propre, ou bien reconnaisse aux créanciers du renonçant la faculté d'accepter la portion répudiée au préjudice de leurs droits. Dans ces cas et tous autres semblables, l'accroissement aurait lieu uniquement pour les biens existant dans un pays et non pour les autres, et ainsi se trouverait détruite l'indivisibilité du droit héréditaire. Mais si, quel que soit le lieu de leur situation, les biens du défunt forment dans leur ensemble une seule unité juridique, si d'après le droit romain, *hæres et hæreditas, tametsi duas appellationes recipiant, unius personæ tamen vice funguntur*, la loi qui doit régir la succession doit être unique, c'est-à-dire celle de l'État, dont le défunt était citoyen.

110. — Dans notre système, on ne peut faire aucune différence entre la succession immobilière et la succession immobilière au point de vue de la loi qui doit régir l'une ou l'autre. Presque tous les auteurs qui ont écrit à ce sujet, à peu d'exceptions près, ont soutenu unanimement que l'on devait admettre un ordre différent de succession pour les choses mobilières, et que cette succession devait être régie par la loi du domicile du défunt, et cela toujours par application de la règle que les choses mobilières accompagnent la personne du propriétaire et par suite de la fiction juri-

[1] Voir Story, *Conflict of Laws*, § 487 et suiv.

dique qu'elles sont censées se trouver au domicile. *Mobilia*, dit Voët, *certum locum non habent, quia facile de loco in locum transferuntur, adeoque secundum loci statuta regulantur, ubi domicilium habuit defunctus.*[1] Fœlix, Demangeat, Schæffner, Story, Burge, Zachariæ, Rocco, Demolombe et beaucoup d'autres parmi les modernes ont admis la même règle,[2] qui est également consacrée par la jurisprudence des différents pays.[3]

Zachariæ s'exprime ainsi : « L'opinion la plus générale- « ment reçue dans la pratique judiciaire admet comme rè- « gle que la succession d'un étranger, quant aux immeubles « corporels et incorporels, est régie par la loi de son pays, « et que c'est d'après cette loi qu'on doit aussi déterminer « la quotité disponible relativement aux meubles.[4] La ju- « risprudence a, du reste, largement confirmé ce principe. »

Quant à nous, au contraire, ayant admis que l'hérédité est une *universitas juris,* il est naturel que nous ne puissions faire aucune distinction au point de vue de la loi qui lui est applicable, mais que nous devions admettre qu'une loi unique règle l'ordre de la succession et la mesure des droits successifs, aussi bien lorsque le patrimoine se compose de choses mobilières, de droits et de créances, que lorsqu'il se compose d'immeubles.

[1] P. Voët, *De statut.*, § 9, cap. I, nº 8.

[2] Fœlix, *loc. cit.*; Demangeat, *Condition des étrangers*, p. 337 ; Schæffner, *Dr. privé internat.*, § 132, nº 2 ; Story, § 483 ; Burge, 2ᵉ part., ch. IV; Zachariæ, *Dr. civ.* ; Aubry et Rau, § 31 (nº 3, *e*) et les citations en note ; Rocco, *Diritto civile internazionale*, 1ʳᵉ part., ch. XXI ; Demolombe, *Traité de la publicité des lois*, nº 91.

[3] Cass. française, 8 décembre 1840 (Wattelet), *Dev.*, 41, 1, 56 ; Cass. franç., 12 décembre 1843 (de Bussingen), *Dev.*, 44, I, 74 ; V. Story, § 448, 485, 489.

[4] *Loc. cit.*, § 31, nº 3, 4.

CHAPITRE V

DE LA LOI DES OBLIGATIONS.

Notions générales.

111. — Dans le présent chapitre, nous nous proposons de parler des droits, qui ont pour objet une prestation, c'est à-dire l'accomplissement d'une obligation. Ils présupposent une personne, qui est tenue d'accomplir un fait au profit d'une autre personne, et impliquent une restriction en faveur de la liberté de cette dernière. Bien que l'objet immédiat du droit ne soit pas la personne obligée, mais le fait, qu'elle doit accomplir, toutefois, comme entre la prestation et l'obligation intervient le même rapport qu'entre l'effet et la cause, on peut dire que l'objet du droit est l'obligation. C'est pour cela, que certains auteurs qualifient ces droits, de droits d'obligation *jus obligationum*. D'autres, considèrant que ces droits supposent un rapport entre deux personnes, c'est-à-dire entre le créancier et le débiteur, et qu'ils peuvent être invoqués contre la personne obligée seule, les qualifient de droits personnels, pour les distinguer des droits réels, qui s'exercent sur une chose corporelle, abstraction faite de toute personne.

Les sources des obligations sont énumérées en droit romain de la façon suivante : *Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris*. La dernière catégorie comprend les

obligations qui naissent du quasi-contrat, du quasi-délit et d'une disposition de la loi.

Celles qui offrent le champ le plus fertile en controverses, et qui méritent une étude spéciale au point de vue des collisions entre les lois, auxquelles elles peuvent être soumises, sont les obligations conventionnelles. Il peut, en effet, arriver que les deux personnes obligées, le créancier et le débiteur, appartiennent à des pays régis par des lois différentes : ou que la loi, sous l'empire de laquelle l'obligation est devenue parfaite, soit distincte de celle du lieu de l'exécution de l'engagement, ou du lieu où le créancier veut contraindre le débiteur à la prestation : ou que les formes externes, ici suffisantes pour la valeur juridique d'un acte, soient ailleurs insuffisantes et qu'elles modifient le lien de droit; ou que l'objet de la convention soit une chose immobilière, et qu'il se présente une question sur l'influence que peut avoir la *lex rei sitæ*.

Nous nous occuperons principalement des obligations conventionnelles et de celles qui naissent des délits et des quasi-délits. Quant à toutes les autres obligations, celles qui dérivent de la loi, il faudra considérer que, dépendant de la loi à laquelle la personne et la famille sont soumises, ou de celle du lieu de la situation des biens [1], il faudra tenir compte des principes précédemment exposés pour déterminer la loi de la personne ou de la famille, afin de déterminer d'après cette dernière loi les obligations légales dérivant des rapports d'état personnel et de famille.

Nous exposerons cette matière dans des paragraphes séparés.

[1] Telles sont les obligations qui dérivent de la loi relativement aux propriétaires de fonds voisins, citées à titre d'exemple par l'art. 1370 du Code civil français.

§ I.

De la loi de l'obligation conventionnelle.

112. Pour déterminer la loi de l'obligation conventionnelle, il faut tenir compte de l'autonomie des parties. — 113. Dans quelles limites peut être appliqué ce principe. — 114. On ne peut pas déterminer facilement dans chaque cas la loi à laquelle les parties s'en sont référées. — 115. Graves difficultés en matière d'obligations contractuelles. — 116. Divergences entre les juristes sur le principe applicable. — 117. Comment chacuns de leur côté, invoquent et expliquent les textes du droit romain. — 118. Notre opinion. — 119. Comment elle est conforme à celle des jurisconsultes anciens, Mevius, Voët, Burgundius. — 120. Réfutation de la théorie de Story et de Savigny. — 121. La théorie de Rocco est conforme à notre opinion. — 122. Notre théorie est aussi conforme à la jurisprudence.

112. — Il faut, en général, noter que l'obligation est un lien juridique invisible et incorporel, et que pour déterminer le rapport de ce lien avec la loi à laquelle il doit être soumis, on ne saurait se prévaloir des principes que nous avons exposés plus haut pour déterminer la loi qui doit régler l'état personnel et les droits réels. Pour ces droits, le rapport immédiat avec la loi dont ils doivent dépendre trouve un fondement certain dans les faits de la qualité de citoyen et de la situation de la chose, tandis que l'obligation qui dérive du fait volontaire de l'homme, dépendant d'actes fugitifs de volonté, ne saurait être localisée dans l'espace, et pour établir le rapport qui existe entre elle et telle ou telle loi, il faut tenir compte de l'autonomie des parties.

Il faut, en effet, observer que les obligations qui dérivent du fait volontaire licite de l'homme résultent de deux éléments, à savoir du fait licite et de la loi, laquelle considérant ou déclarant ce fait comme propre à faire naître le lien de droit, attribue au créancier le droit d'exiger que le débiteur,

donne, fasse ou accomplisse une prestation, et qui impose le devoir correspondant de donner, de faire ou d'accomplir une prestation. Or, comme la personne, qui en a la capacité d'après sa loi personnelle, peut faire des actes dans les limites de cette capacité dans tous les pays, il en résulte que la soumission à la loi, dont le rapport obligatoire dérive, doit dépendre de l'autonomie des parties.

En principe, il faut dès lors admettre que, sauf en ce qui concerne la capacité pour la personne d'accomplir valablement en droit le fait acquisitif, le lien juridique résultant de ce fait doit dépendre de la loi en vigueur au lieu où ce même fait a été accompli. C'est qu'en effet, d'une manière générale, on doit présumer que le débiteur, aussi bien que le créancier, s'est soumis à cette loi.

Lorsqu'en effet, l'on n'a pas déclaré expressément vouloir préférer la loi du lieu de l'exécution ou celle du domicile du débiteur ou du créancier, et que la préférence ne résulte pas d'une façon certaine des circonstances, on doit raisonnablement présumer que les parties s'en sont référées à la loi en vigueur au lieu où a été accompli par elles le fait propre à donner naissance au lien juridique.

On ne saurait certes pas contester aux parties le droit de se soumettre par une déclaration expresse à une loi plutôt qu'à l'autre, dans des limites qui sont dans le domaine de leur autonomie. Cela résulte de ce qu'en matière d'obligations, la loi n'exerce pas son autorité absolue comme elle le fait pour les rapports, qui dérivent de l'état de la personne, des relations de famille et de la situation des choses. Elle laisse, en effet, aux parties qui s'obligent la faculté de régler à leur gré les effets de l'obligation, et n'intervient que pour compléter ce qui n'a pas été expressément convenu par elles. Par conséquent, elle devient partie intégrante du fait acquisitif, parce qu'en l'absence de volonté formelle, elle fixe la nature, l'étendue, ainsi que les conséquences et les effets de l'obligation. Il est dès lors clair que les parties peuvent se référer à telle ou telle loi, pour compléter ce qui n'a pas été

formellement exprimé, et que dans cette hypothèse tout doit dépendre de la loi indiquée par les parties en s'obligeant.

113. — Il est bien entendu, toutefois, que la règle que nous venons d'exposer doit toujours être subordonnée à la condition de ne pas porter atteinte aux lois d'ordre public en vigueur au lieu où le fait acquisitif est destiné à produire effet. *Ne aliquid in aliena civitate fiat contra civitatis mores, leges, institutiones ejusmodi, quæ ad immutanda prorsus nihil valet privatorum arbitrium.*[1]

Toutes les fois que les personnes appartenant à des pays différents déclarent expressément, en contractant et en s'obligeant, qu'elles s'en réfèrent à telle ou telle loi, ou que la détermination de la loi, à laquelle on devrait présumer l'obligation soumise, résulte si bien des circonstances qu'aucun doute n'est admissible, il ne peut, alors, exister aucune difficulté. Mais souvent, aucune de ces deux conditions ne se rencontre, et il est nécessaire d'induire des circonstances et des faits, au milieu desquels l'obligation a pris naissance, quelle est la loi applicable. Il faut, par conséquent, analyser l'opération juridique dans ses éléments. Il peut, en effet, arriver que le rapport obligatoire ait été la conséquence d'actes successifs accomplis sous l'empire de lois différentes, auquel cas il est indispensable de fixer le moment et le lieu où le fait acquisitif, propre à faire naître le lien de droit est devenu parfait, et de déterminer ensuite la loi qui doit régir l'obligation et les conséquences juridiques qui en résultent.

Il peut se faire, en outre, qu'au fait acquisitif ordinaire, il s'en soit ajouté un autre nouveau, survenu à la suite du développement des rapports créés par ce fait originaire. Il est alors indispensable de décider si le fait nouveau doit être considéré comme distinct et séparé, et dès lors comme une chose à part soumise à l'empire de la loi du lieu où ce fait

[1] Mühlenbruch, *Doctrina Pandector.*, § 73.

s'est produit ou s'il doit, au contraire, être considéré comme connexe au fait originaire et régi par la même loi.

De plus, comme le rapport entre l'obligation et la loi dépend de l'autonomie des parties, en l'absence de déclaration expresse, il est nécessaire de recourir aux présomptions, c'est-à-dire d'induire des circonstances et des faits, au milieu desquels l'obligation est née, quelle est la loi à laquelle les parties ont probablement entendu se soumettre pour ce qui a pu concerner tant l'obligation elle-même que les conséquences juridiques qui en résultent.

114. — Toutes ces difficultés deviennent encore plus graves, dans le cas d'obligations dépendant de conventions, parce que le lieu où est passé le contrat pouvant différer de celui de l'exécution, il peut s'élever un doute sur la loi qui doit en régler la validité, la nature et la substance, et sur celle qui doit en régir l'exécution. Ces difficultés ne se présentent pas relativement aux obligations qui résultent d'un acte unilatéral. On doit, en effet, raisonnablement présumer que l'auteur de l'acte, en quelque lieu qu'il soit passé, s'en est référé à la loi de sa patrie.

La même présomption peut également être admise dans l'hypothèse où le débiteur et le créancier sont citoyens du même État ou domiciliés dans le même pays. Il est, en effet, conforme à la raison de présumer qu'ils ont mieux aimé s'en référer à cette loi ou à celle de leur domicile qu'à celle du lieu de l'acte, car ils pouvaient tous deux ignorer cette dernière loi. *Si inter duos*, dit Hertius, *celebratur, verbi gratia, pactum, et uterque paciscens sit externus, et unius civitatis civis, dubitandum non est actum a talibus secundum leges patriæ factum in patria valere.* [1]

[1] Hertius, *De collisione legum*, n. 10.
Ce principe est consacré par le Code civil italien (art. 9 des dispositions préliminaires); par le Code prussien, Introduct. génér., § 35; par le Code autrichien, § 4; Compar.: Massé, *Droit commercial*, n. 571; Fœlix, *Droit internat. privé*, n. 83, 96, 101; Voët, *De statut.*, n. 15, la loi allemande sur la lettre de change. art. 85.

Quand les contractants sont étrangers et non domiciliés dans le même pays, la principale difficulté qui peut s'élever c'est de savoir si les rapports contractuels doivent être réglés par la loi du lieu de l'acte ou par celle du lieu de l'exécution.

115. — Les jurisconsultes sont divisés sur ce point. Les uns, considérant que l'exécution est de l'essence de l'obligation, sont d'avis que tout doit dépendre de la loi du lieu de l'exécution. D'autres, au contraire, soutiennent que la loi du lieu de l'exécution peut servir à déterminer la compétence des tribunaux pour rendre l'obligation judiciairement efficace et pour ce qui peut concerner l'accomplissement de la convention et les moyens de contraindre le débiteur à cet accomplissement ; mais qu'elle ne peut exercer aucune influence sur l'obligation, qui doit uniquement dépendre de la loi du lieu de l'acte. En effet, d'après eux, il est plus vraisemblable que c'est au lieu de l'acte que les parties ont pris des informations sur la valeur juridique de ce même acte et que, par conséquent, c'est à la loi qui y est en vigueur qu'ils ont voulu s'en référer.

116. — Les textes du droit romain, que ces jurisconsultes invoquent à l'appui de leur doctrine, sont les suivants, qui sont diversement interprétés par les uns et par les autres. *Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo*

La loi italienne (art. 9 *cit.*), est ainsi conçue : « La substance et les effets des obligations sont réputés réglés par la loi du lieu où les actes « furent faits, et, si les contractants étrangers appartiennent à la même « nation, par leur loi nationale. Est réservée en chaque cas la démonstra- « tion d'une volonté différente. »

Par cette disposition, le législateur italien a réservé dans tous les cas la preuve par les parties obligées, qu'elles s'en sont référées à une loi distincte de celle qu'il désigne. Dès lors, il appartient au magistrat d'analyser l'obligation par rapport aux circonstances, pour admettre ou exclure l'application de la loi, par laquelle d'après les parties l'obligation doit être régie.

ut solveret si obligavit.[1] — *Venire bona ibi oportet, ubi quisque defendi debet, id est ubi domicilium habet, aut ubi quisque contraxerit. Contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia.*[2] — *Si fundus venierit ex consuetudine ejus regionis, in qua negotium gestum est, pro evictione caveri oportet.*[3] — .... *Uniuscujusque enim contractus initium spectandum est et causam.*[4]

Les uns disent que les deux premiers textes doivent servir, non seulement à déterminer la juridiction, mais aussi le siège de l'obligation et le droit local qui doit la régir. Les autres, au contraire, sont d'avis que les deux premiers servent à déterminer la juridiction, mais qu'en ce qui concerne la loi, à laquelle l'obligation est par elle-même soumise, on doit tenir compte du lieu où est intervenu l'acte obligatoire, *in quo negotium gestum est.*

117. — Mais, d'après nous, on ne peut pas plus admettre exclusivement une opinion que l'autre. En effet, l'obligation est un lien juridique entre deux ou plusieurs personnes déterminées, en vertu duquel l'une peut contraindre l'autre à donner, à faire ou à accomplir quelque chose. *Obligatio est juris vinculum inter debitorem et creditorem, quo vel ad dandum, vel ad faciendum, vel ad præstandum alter alteri obstringitur.*[5]

Toute obligation suppose donc :

a) Un lien juridique, qui lie nécessairement le débiteur au créancier (et dont dérive le droit pour le créancier d'exiger que le débiteur donne, fasse ou accomplisse un fait) ; et le devoir juridique correspondant du débiteur de donner, de faire ou d'accomplir un fait.

[1] L. 21, *Dig. De obligat. et act.*, XLIV, 7.
[2] L. 1, 2, 3, *Dig. De rebus auct. judic.* (XLII, 5).
[3] L. 6, *De evict.*, *Dig.* XXI, 2.
[4] L. 8, pr., *Mandati*, *Dig.*, XVII, 1).
[5] Muhlenbruch, *Doctrina Pandect.*, § 323 ; L. 3, p. *Dig.*, *De obligat.* (XLIV, 7).

b) Un fait réductible en une valeur pécuniaire, qui est l'objet du lien juridique.

Dans les obligations résultant d'une convention, le *vinculum juris* qui lie[1] le débiteur au créancier, s'établit par la réunion de leur consentement : *duorum pluriumve in idem placitum consensus.* Or, la loi du lieu où se réalise la réunion du consentement de deux ou plusieurs personnes d'accord pour établir, régler ou dénouer un rapport juridique entre elles, est celle qui doit régir l'obligation.[2]

Il est nécessaire de bien distinguer du *lien de droit* l'*onus conventionis* et les conséquences juridiques qui y sont relatives. L'absence d'une telle distinction a induit en erreur beaucoup de juristes, qui ont établi comme règle que, lorsque l'obligation doit être exécutée ailleurs que là où elle est conclue, elle doit être régie par la loi du lieu de l'exécution. Cela ne saurait, cependant, pas être affirmé dans la précision du langage juridique. Il est vrai que le mot obligation se trouve employé dans beaucoup de sens, même dans les textes du droit romain, et notamment pour indiquer le fait qui sert de fondement au lien juridique.[3] Cependant, il est indispensable de distinguer l'une et l'autre chose, et l'on doit indiquer comme un second principe fondamental, que la loi du lieu où l'obligation doit être accomplie (si ce lieu est différent de celui où l'obligation a été contractée), doit régler le mode d'accomplissement. Dès lors, les deux premiers textes du droit romain, cités plus haut, peuvent s'appliquer à l'*onus conventionis ;* les deux autres, au *vinculum juris.*

[1] Les anciens Romains, au lieu du mot *obligatio,* introduit à l'époque classique, employaient l'expression *nexus* ou *nexum,* qui dérive de *nectere,* nouer.

[2] C'est, qu'en effet, c'est plus vraisemblablement cette loi, plus facile à connaître, et qui se présentait naturellement à leur esprit au moment de la conclusion du contrat, qui a dû les guider et être considérée par eux comme interprétative de leur volonté commune et comme devant suppléer aux lacunes de l'acte (Note du traducteur, Ch. A.).

[3] L. 19, *Dig. De verbor. signif.* (L. 16) ; L. 1, § 3, *Dig. De pactis* (II, 14).

118. — Notre opinion, qui trouve une confirmation solide dans la théorie soutenue par Fœlix, par Pardessus, par Demangeat, par Zachariæ, par Rocco et par Demolombe,[1] repose sur la doctrine des jurisconsultes anciens.

119. — Mævius s'exprime ainsi à ce sujet : *Forenses servare teneri statuta et consuetudines loci, ubi aliquid agunt, et contrahunt ad validitatem actus seu contractus : statutum enim seu contractus semper attenditur, cui disponentes, vel contrahentes se obligare et conformare voluisse censetur.*[2] Et peu après il ajoute : *Cave autem in hac materia, confundas actuum solemnia nec non est affectus ab ipsis causatos cum* EORUM ONERE *et accidenti extrinseco, quod contractus subsequitur, sed non ex ipsis contractibus est. Id, dum multi non discernunt forenses, maxime lædunt et gravantur.*[3]

Paul Voët se prononce aussi dans ce sens : *Quod,* dit-il, *si de ipso contractu quæratur, seu de natura ipsius, seu de iis quæ ex natura contractus veniunt, puta fidejussione, etc., etiam spectandum est loci statutum ubi* CONTRACTUS CELEBRATUR, *quod ei contrahentes semet accordare præsumantur.*[4] Ensuite il ajoute : *Hinc ratione effectus et complementi ipsius contractus spectatur ille locus, in quem destinata est solutio : id quod modum, mensuram, usuras, etc., negligentiam, moram post contractum initium accidentem referendum est.*[5]

Burgundius écrit ce qui suit : *Qui in aliena provincia paciscitur, non credendus est esse consuetudinis ignarus : sed in quod palam verbis non exprimit, ad interpretationem legum se referre, atque idem velle et intendere quod lex ipsa velit.*[6] Ce même auteur, parlant ensuite des contrats faits

[1] Fœlix, *op. cit.*, n° 18 ; Pardessus, *Droit commercial*, n° 1495 ; Demangeat, *Condition des étrangers*, p. 534 ; Zachariæ, *Dr. civ.*, n° 98 ; Rocco, 3e part., Ch. VII ; Demolombe, T. I, n° 105.

[2] Mævius, *Ad jus Lubecense, Quæst. prel.*, nos 11, 13, 14, p. 22.

[3] Id., id., n° 18.

[4] P. Voët, *De stat.*, § 9, cap. II, n° 105.

[5] Id., id., Compar. Émérigon, *Traité des assurances* ; Casaregis, *Discursus legales*, 179.

[6] Burgundius, *Tract.* 4, n° 8, p. 105.

dans un lieu et exécutoires dans un autre, conclut : *Igitur, ut paucis absolvam, quoties de vinculo obligationis vel de ejus interpretatione quæritur, vel si quod et in quantum obliget, quid sententiæ stipulationis inesse quid abesse credi oporteat ; item in omnibus actionibus et ambiguitatibus, quæ inde oriuntur, primum quidem id sequemur quod actum est, et si non appareat quod actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione qua actum est frequentatur.*[1] Ensuite il ajoute : *Ea vero quæ ad complementum vel executionem contractus spectant, vel absolute eo superveniunt, solere a statuto loci dirigi, in quo peragenda est solutio.*[2]

120. — Fort de l'autorité de ces auteurs et des arguments que nous avons exposés plus haut, nous ne partageons pas l'opinion de ceux qui, sans distinguer, admettent comme règle générale que lorsque le lieu de l'exécution est différent de celui de la stipulation du contrat, tout doit dépendre de la loi du lieu de l'exécution. Telle est l'opinion de Story, qui soutient que, lorsque le contrat doit être exécuté dans un autre lieu par l'effet de la volonté expresse ou tacite des parties, on doit admettre, d'après la volonté présumée des contractants, que ce contrat, relativement à la validité, à la capacité de s'obliger et à l'interprétation, dépendra de la loi du lieu où l'obligation doit être accomplie. Telle est aussi la doctrine de Savigny qui, en ce qui concerne la loi qui régit l'obligation, applique les principes par lui indiqués pour déterminer la juridiction, et admet comme première règle que, lorsqu'il y a un lieu fixé pour l'accomplissement de l'obligation, ce soit d'après la loi de ce lieu que doive être déterminé le droit local, auquel l'obligation est soumise.[3]

[1] Burgundius, *Tract.*, 4, n° 7.
[2] Id., id., n°s 10 et 29.
[3] Story, *Conflict of Law*, § 280 ; — Savigny, *Traité du droit romain*, T. VIII, § 372.

Cette doctrine fut en premier lieu soutenue par Dumoulin.[1]

Nous ne voulons pas nous étendre à discuter, pour savoir comment doit être interprétée l'opinion de Dumoulin et des autres jurisconsultes du moyen-âge, et pour démontrer que notre opinion trouve un appui sérieux dans la théorie bien interprétée des jurisconsultes anciens. L'étude de leurs ouvrages nous a convaincu, après de consciencieuses recherches, que ce qui a été dit sur l'influence de la loi du lieu de l'exécution sur le contrat doit être entendu avec la distinction par nous faite précédemment, et non de la façon dont le comprennent Story et les partisans de sa doctrine. D'après nous, il est incontestable que les conditions essentielles à l'existence des obligations et nécessaires à leur validité doivent dépendre de la loi du lieu, où les parties se sont obligées.

121. — Cette opinion est aussi celle de Rocco, qui s'exprime ainsi : « Quand même la convention faite dans le « royaume devrait produire effet en territoire étranger, et « s'il y avait quelques diversités en ce qui concerne les con- « ditions requises pour la validité intrinsèque et substan- « tielle des contrats, c'est toujours notre loi qui doit déci- « der. Si l'on faisait dans le royaume un contrat d'achat ou « de vente de certaines marchandises, qui se trouvent en « Suisse, et s'il existait une diversité dans les deux États « relativement à la cause de l'obligation, aux causes qui « peuvent vicier le consentement, et à la preuve et à l'authen- « ticité d'une volonté librement manifestée, le contrat vala- « ble d'après nos lois serait valable en Suisse, et le vendeur « serait tenu d'y livrer les marchandises, bien que le con- « trat n'aurait aucun effet si par aventure il avait été fait en « Suisse. La raison en est que c'est dans le lieu où l'acte « est devenu parfait qu'on présume que les parties ont pris

[1] *Comment. ad Cod.*, Lib. I, Tit. I; *Conclus. du statut.*, T. III, p. 554.

« toutes les informations pour connaître la nature et l'éten-
« due des obligations réciproques. »

Nous en tenant à cet exemple, nous dirons donc que tout ce qui concerne le mode d'accomplissement de l'obligation devrait être réglé par la loi suisse, et par conséquent la tradition de la chose, le paiement, la mise en demeure et les conséquences qui dérivent de celle-ci quant aux risques de la chose et aux dommages et intérêts. De même pour une lettre de change créée en Italie et payable en pays étranger, c'est d'après la loi du lieu où cet effet doit être payé, que l'on doit déterminer le délai dans lequel le porteur doit demander l'acceptation, les jours de grâce s'ils sont admis, ainsi que le caractère de ce délai, suivant qu'il est en faveur du débiteur ou du créancier, et tout ce qui se rapporte au mode de donner, de faire et d'exécuter le fait auquel le débiteur est obligé. On peut appliquer à ces questions et à toutes autres semblables le texte du droit romain, *contraxisse unusquisque eo loco intelligitur, quo ut solveret se obligavit.* Mais en ce qui concerne les obligations du tireur, qu'il soit Italien ou étranger résidant en Italie, pour sa solidarité et les conditions nécessaires à la validité du contrat de change, on doit appliquer la loi italienne et non la loi du pays étranger où la lettre de change est payable. Pour ces questions et toutes autres semblables, on doit, en effet, s'en référer à l'autre texte, *uniuscujusque enim contractus initium spectandum est et causa.*

122. — Notre théorie se trouve conforme à la jurisprudence, qui a admis que la validité, la nature et l'étendue de l'obligation dérivant d'un contrat entre étrangers doivent dépendre de la *lex loci contractus.*

Il a, en effet, été jugé qu'un contrat d'assurances fait en France relativement à des marchandises chargées dans un port étranger, et destinées à un port étranger, devait être régi par la loi française.[1] Il a été également jugé que c'était

[1] Rouen, 7 juin 1860 (Langstaff), *Journ. de Marseille*, 34, 2, 148 ; —

d'après la loi du pays où avait été passé le contrat d'assurance qu'on devait déterminer l'étendue de l'obligation relativement aux cas et aux conditions dans lesquels l'assureur serait tenu au paiement des dommages et intérêts,[1] et que c'était d'après la même loi que l'on devait décider si la marchandise chargée sur couverture devait être exclue dans le règlement d'avaries en cas de jet à la mer.[2]

Relativement à un contrat de transport passé entre un Français et une compagnie anglaise dans une colonie anglaise, la Cour de cassation française a admis que la responsabilité de la compagnie en cas de perte du bagage devait être appréciée d'après la loi anglaise.[3]

La même Cour a décidé, en ce qui concerne un prêt à intérêts, que s'il avait été stipulé dans un pays étranger et à un taux supérieur à celui permis par la loi française, la convention valable d'après la *lex loci contractus* devrait être efficace en France.[4]

Relativement à un contrat d'affrétement il fut décidé, dans l'espèce d'un navire nolisé à Marseille à une maison de Hambourg, qu'on devait au courtier le courtage d'après l'usage de Marseille et non d'après celui de Hambourg, bien qu'il eût employé dans ce dernier lieu un tiers pour traiter avec cette maison.[5]

Toutefois, il a été décidé que lorsque, les contractants étaient étrangers et citoyens de la même patrie, le con-

Compar. Cass. française, 1er fév. 1862 (Assureur c. Vasquez). *Journ. de Marseille*, 1862, 2, 145.

[1] Marseille, 4 août 1852 (Battle c. Gaillard), *Journ. de Marseille*, 31, 1, 197, et 18 sept. 1831 (Seren), *Journ. de Marseille*, 1862, 2, 145.

[2] Marseille, 4 août 1852, cit.

[3] Cass. française, 23 févr. 1864 (Cie péninsulaire de Londres), *Pal.*, 1864, 225; — Compar. Cass. franç., 26 mars 1860 (Chemin de fer d'Orléans), *Pal.*, 61, 715.— Cass. fr., 9 juill. 1872 (Cie de Lyon), *Dal.*, 1872, 1, 224; — Cass. fr., 5 fév. 1863 (Delattre), *Pal.*. 1872, 238; — Cour de cass. de Naples, 28 juin 1871 (Jesu), *Gaz. Proc.*, 1871-1872. 367.

[4] Cass., 10 juin 1857 (Diale), *Pasicrisie*, 1859, 1, 501; — Bastia, 19 mars 1866 (Crose), *Pal.*, 1866, 940.

[5] Marseille, 10 déc. 1860 (Aubert). *Journ. de Marseille*, 1861, 11, 3.

trat par eux conclu pouvait être apprécié d'après les lois de leur pays.[1]

Il a été aussi décidé que ce qui a trait à l'exécution des contrats devait être régi par la loi du pays où il devait être exécuté, et ce même dans l'hypothèse d'un contrat fait en France entre Français, mais exécutoire en pays étranger, bien que l'on plaidât sur l'exécution devant les magistrats français.[2]

L'application de ces deux dernières règles n'a pas modifié l'autre règle que la personne et les choses sont toujours régies par la loi à laquelle elles sont soumises. Dès lors, bien que le contrat d'assurance ait été apprécié d'après la loi du pays où il a été conclu, pour décider si le capitaine était tenu de faire visiter le navire et si l'absence de certains certificats à bord pouvait faire perdre le droit au réglement des avaries, on a tenu compte seulement de la loi nationale du navire,[3] et la Cour de cassation de Milan, à propos d'une vente d'immeubles, a décidé que les questions relatives au caractère de choses dans le commerce et à d'autres points concernant la condition juridique des immeubles devaient être résolues conformément à la *lex rei sitæ,* et la question relative à la validité ou à la non-validité de la vente pour défaut d'autorisation maritale conformément à la loi personnelle.[4]

[1] Alger, 18 août 1848 (Haffner), *Journ. de Marseille*, 28, 2, 75 ;— Naples, trib. de commerce, 19 juin 1872 (Berrel), *Gaz. Proc.*, 1872-73, 394.

[2] Marseille, 29 sept. 1864 (Agelasto), *Journ. de Marseille*, 1864, 1, 276.

[3] Bordeaux, 6 mai 1861 et Cass., 1er février 1862 (Assureurs c. Vasquez), *Journ. de Marseille*, 1862, 2, 3 et 145.

[4] Cass. de Milan, 17 mai 1867 (F. di Nasser), *Monit.*, 1867, 466.

§ II

Du lieu où l'on doit considérer le contrat comme parfait et de celui où l'on doit en considérer l'exécution comme fixée.

123. — Les règles que nous avons exposées au paragraphe précédent pourraient être suffisantes, si l'on pouvait, dans tous les cas, déterminer avec certitude le lieu où l'on devrait considérer le contrat comme parfait et celui où il devrait être exécuté. Il peut, en effet, arriver que le doute se produise pour la détermination précise de l'une et l'autre chose.

A l'égard du lieu où l'on doit considérer le contrat comme parfait, la difficulté peut se présenter dans l'hypothèse d'un contrat fait par lettres ou par télégrammes, ou par des intermédiaires, ou au moyen d'actes successifs accomplis dans des pays différents, ou bien faits dans un pays et ratifiés dans un autre.

124. — Les juristes discutent encore sur le temps et le lieu où l'on doit considérer le contrat par correspondance comme parfait. Ils se demandent si le rapport juridique contractuel doit être considéré comme né et parfait dans le lieu et au moment où l'offre est acceptée, ou au contraire si c'est seulement au moment où l'acceptation parvient dans le lieu d'où est partie l'offre et alors qu'elle est connue de celui qui l'a faite.

Savigny est d'avis que le contrat par correspondance doit être considéré comme conclu au lieu où l'offre a été reçue et acceptée. Cette opinion est aussi celle de Struvius,[1] du cardinal De Luca, de Casaregis, de Zacchariæ et d'autres estimables auteurs.[2]

Casaregis prend l'exemple d'un négociant de Gênes, qui écrit à son correspondant de Venise pour lui offrir des marchandises, et est d'avis que si l'offre est acceptée, le contrat doit être considéré comme accompli à Venise, parce que c'est là que le consentement du vendeur et celui de l'acheteur se seraient unis, comme si par suite d'une fiction le vendeur y avait été présent : *quia fingitur medio litterarum esse Venetiis præsens, ibique venditionem mercium cum Veneto concludere.*

Zacchariæ arrive à la même conclusion. « Tout contrat, « dit-il, exige essentiellement le concours de deux ou plusieurs déclarations de volonté, qui se manifestent d'une « part par l'offre et de l'autre par l'acceptation. Il n'est pas « nécessaire que l'acceptation vienne immédiatement après « l'offre, elle peut avoir lieu dans un intervalle de temps « plus ou moins long ; mais quand l'acceptation a lieu, le « contrat n'est pas rendu parfait au moment où il vient à la « connaissance de celui qui a fait l'offre, mais au moment « où l'offre a été acceptée. »[3]

[1] Savigny, *Op. cit.*, T. VIII, p. 254 ; — Struvius, *Exerc. ad Pandect.*, ex. 11.

[2] De Luca, *De credito discurs.*, 51, n. 6 ; — Casaregis, *Discursus legales de commercio, Diss.*, 179, nº 1.

[3] Zacchariæ, *Dr. civil*, § 343 ; — Aubry et Rau, note 3.

Mühlenbruch, Merlin, Toullier, Troplong, Rocco et d'autres auteurs soutiennent l'opinion contraire, et se fondent sur la considération que l'acceptation est comme un *propositum in mente retentum*, tant que l'auteur de l'offre n'en a pas connaissance. *Nec si per litteras alteri ab altero conditiones propositæ sunt, ante est perfecta conventio, quam acceptio facta in notitiam pervenit ejus, qui obtulit conditionem.* [1]

Merlin, Troplong et Toulier observent que celui qui fait l'offre peut la retirer, tant qu'il n'a pas reçu la lettre contenant l'acceptation, qu'il ne peut pas y avoir de lien juridique obligatoire sans le concours de deux volontés, si la volonté de l'acceptant n'est pas connue de celui qui l'a faite.

125. — La jurisprudence est aussi divisée.[2]

126. — Le législateur italien a coupé court à toute dis-

[1] Muhlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 331 ; — Merlin, *Répert.*, V° *Vente*, § 31, art. 3, n. 11 ; Toullier, VI, 29 ; — Troplong, *De la vente*, T. I, n. 22 ; — Pardessus, *Droit commercial*, n. 250 ; — Massé, *Droit commercial*, n. 578 ; — Rocco, 3e part. ch. 16 ; — Scupfer, *Obligations*, p. 117.

[2] L'opinion que le contrat est parfait au lieu où parvient l'acceptation a été consacrée par les décisions suivantes : Gênes, 3 mars 1863 (Pivado), *Monitore*, 1863, 839 ; — Turin, 22 mai 1866 (Bersamino), Caveri, 6, 2, 60 ; — Turin, 28 déc. 1867 (Suecur), Cav., 7, 2, 254 ; — Turin, 12 avr. 1862 (Schwarz), Caveri, 2, 2, 107 ; — Gênes, 21 juillet 1862 (Goldaniga), Caveri, 2, 2, 250 ; — Cour de cass. de Turin, 22 déc. 1871 (Petrini), *Monitore*, 1872, 36 ; — Gênes, 27 févr. 1871 (Fassina Ulrico), Bettini, 1871, 2, 132 ; — Naples, 15 déc. (Borenther), *Gaz. Proc.*, 73, 74, 594.

L'opinion contraire a été admise dans les décisions suivantes : Trib. de Turin, 15 janv. 1861 (Balmida), Cav., I, 2, 236 ; — Trib. de commerce de Gênes, 5 juin 1865 (Celle), Cav., 5, 2, 168 et 24 août 1865 (Bucchetti), Cav., 5, 2, 248 ; Cour de cass. de Florence, 30 juin 1863 (Jobst), *Gaz. Proc.*, 1873, 497 ; — Cour d'appel de Naples, 16 déc. 1867 (Rotschild), *Gaz. Proc.*, 1868, 286 ; — Aix, 14 mai 1872 (Delelain), *Journ. de Marseille* 33, 4, 66 ; — Marseille, 23 mai 1872 (Gibelin), *Journ. de Marseille*, 33, 4, 66. — Voir la sentence anglaise *(King's Bench)* rapportée dans la *Revue de droit français*, T. XI, p. 690 ; les jugements des tribunaux allemands rapportés par Litten, *Quo tempore pactum inter absentes propositum perfici videatur* ; et l'arrêt de la Rote romaine dans l'affaire *Berthe*, 4 sept. 1843, et d'autres très nombreux.

cussion, en consacrant, dans le Code de commerce, le principe que le contrat par correspondance doit être considéré comme parfait au lieu d'où est partie l'offre, lorsque l'acceptation y parvient.

127. — Pour résoudre la question d'après les principes de droit, nous observerons que le contrat par correspondance ne peut pas être du tout conforme à celui conclu entre présents, parce que l'union simultanée et instantanée des deux consentements ne pouvant exister de manière à être objective et subjective, on ne saurait éviter d'admettre une fiction juridique. Or, il nous semble plus rationnel de choisir la manière de voir la mieux en harmonie avec les principes du droit, avec la tradition scientifique, la rapidité et la certitude avec laquelle sont conclues les transactions commerciales, et qui écarte les équivoques. Telle est, à notre sens, l'opinion d'après laquelle le contrat est parfait au lieu de l'acceptation. Aussitôt que la volonté de l'*offrant*, (qui, formulée dans une lettre, a acquis une existence juridique extérieure et durable), est complétée par celle de l'*acceptant*, manifestée d'une façon extérieure, on doit considérer l'obligation réciproque comme parfaite et le contrat comme définitivement conclu. L'argument certainement très sérieux de Mancini, que pour rendre le contrat parfait il ne suffit pas de l'existence des deux volontés d'accord, mais qu'il faut aussi la connaissance réciproque, parce que personne ne peut être obligé sans en avoir conscience, ne suffit pas pour nous faire admettre l'opinion contraire. La connaissance réciproque simultanée dans le contrat par correspondance, comme dans le contrat entre présents, est impossible, et c'est pour cela que nous disons qu'une fiction juridique est inévitable. Comment pourrait-on obtenir le *consentement* conforme, simultané, objectif et subjectif, comme cela a lieu quand l'un parle et que l'autre écoute et répond? Les adversaires pourront-ils dire que toutes ces conditions se rencontrent quand la lettre d'acceptation arrive chez ce-

lui qui a fait la proposition? et si celui-ci ne la lisait pas aussitôt et était absent? et si l'on pouvait prouver qu'il lui était impossible de la lire? Ils admettent dans ce cas une fiction juridique pour éviter des conséquences absurdes. Nous leur dirons donc : Si, en somme, une fiction juridique est inévitable, pourquoi multiplier les équivoques et les procès?

La lettre de celui qui fait la proposition est la manifestation juridique extérieure et durable de sa volonté, si elle n'a pas été révoquée avant l'acceptation. Si le correspondant accepte en temps voulu l'offre, et de façon que le *propositum in mente retentum* acquière une existence extérieure, effective et indépendante, le lien de droit, l'entité juridique, le contrat devient parfait, efficace et ne peut plus être déclaré nul. Cette opinion nous paraît seule soutenable, si on écarte toutes les tergiversations et les concessions qui donnent naissance aux équivoques. Si la perfection du contrat est légalement établie au moment où la proposition est acceptée, on doit le considérer comme efficace et définitivement conclu, et considérer que, ni la révocation du consentement, ni la mort, ni l'incapacité survenue dans l'intervalle ne peuvent avoir pour effet d'annuler une entité juridique parfaite. Celui qui fait l'offre est le maître de sa proposition tant qu'elle n'est pas acceptée, et quand il propose, il sait que si le correspondant accepte, il est obligé. De même, le correspondant est le maître de sa volonté, tant qu'il ne manifeste pas son consentement d'une façon extrinsèque, extérieure, qui acquiert une existence indépendante et existant par elle-même. Aussitôt qu'il se sera *exproprié du matériel* (lettre, télégramme ou chose du même genre) qui est la représentation juridique, effective, existant par elle-même, de son consentement, il ne peut plus le révoquer, ni détruire par un désaveu qui, bien que rapide, est cependant toujours tardif, ce qui est devenu parfait.[1]

[1] Voir l'étude de Pigozzi (*Archivio giuridico*, t. VI, fasc. 1) où sont cités presque tous les auteurs qui ont écrit sur le contrat par correspon-

Les tempéraments d'équité, à l'aide desquels certains auteurs ont essayé de justifier la faculté pour celui qui accepte de révoquer son acceptation, avant qu'elle n'arrive à celui qui a fait l'offre, ne sont en dernière analyse qu'une véritable contradiction. Ou l'être juridique, que nous qualifions contrat, est parfait à la suite de l'acceptation, et rien ne peut annihiler ce qui existe ; ou bien il manque quelque chose pour qu'il soit parfait, comme par exemple l'arrivée de la lettre, et alors mieux vaudrait dire que le contrat devient parfait lorsque la lettre parvient à celui qui a fait l'offre.

128. — Les principes que nous venons d'exposer peuvent servir à résoudre la question de la loi qui doit régir le contrat fait par l'entremise d'un intermédiaire ou d'un commissionnaire, à supposer que la commission soit donnée à une personne qui demeure à l'étranger. Quand l'intermédiaire ou le commissionnaire agit en vertu d'un mandat, il représente dans ses actes son commettant, et c'est comme si ce dernier s'était rendu en personne dans le lieu où se trouvait le commissionnaire et y avait contracté lui-même.

129. — Nous croyons utile de noter que lorsque le mandat ou la commission seraient donnés par lettre, le contrat entre le mandant et le mandataire deviendrait parfait aussitôt que ce dernier aurait accepté le mandat et l'aurait exécuté, et qu'il ne serait pas nécessaire que l'acceptation fût connue du commettant, qui aurait fait la proposition. Cette règle doit être admise même dans le système où l'on déclare nécessaire pour la perfection du contrat par correspondance que l'acceptation parvienne à la connaissance de celui qui a fait l'offre, parce que ce principe n'est pas applicable au mandat, pour lequel la réponse préalable d'acceptation ne

dance, et l'ouvrage important de Serafini, *Il telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile e commerciale*.

peut pas être requise par suite de la nature même de ce contrat.[1]

On doit, en effet, présumer que le mandant persiste dans sa volonté, tant qu'il n'a pas manifesté une intention contraire, et que le mandataire consent sitôt que connaissant la volonté du mandant, il en entreprend l'exécution. Par conséquent, le contrat devient parfait aussitôt que le commissionnaire commence à exécuter la commission qu'il a reçue.

Toutefois, dans l'hypothèse où le mandant voudrait révoquer le mandat, il ne suffirait pas qu'il révoquât formellement son consentement, mais il faudrait que le changement de volonté fût connu du mandataire.

Cette doctrine est basée sur l'autorité du droit romain : *Si mandassem tibi ut fundum emeres, postea scripsissem ne emeres, tu, antequam scias me vetisse, emisses, mandati tibi obligatus ero.*[2]

La raison de la différence quant à la perfection du contrat par correspondance, suivant qu'il s'agit d'une vente ou d'un mandat pour acheter, consiste en ce que dans la vente les deux contractants assument une obligation distincte, laquelle est pour chacun d'eux réciproque et principale et par conséquent ne peut s'établir sans l'accord des deux volontés, tandis que dans le mandat l'obligation principale est unique et dans l'intérêt du mandant seul, et que dès lors sa volonté une fois manifestée doit être considérée comme sa volonté actuelle, tant qu'elle n'est pas révoquée, de sorte que le contrat devient parfait aussitôt que le mandataire, connaissant cette volonté, a commencé à l'exécuter.

130. — En appliquant les principes que nous venons d'exposer, il est clair que le contrat de mandat ou de com-

[1] Delamarre, *Du contrat de commission*, T. I, nº 97 ; Casaregis, *Disc*, n. 2.

[2] L. 15, *Dig.*, *Mandati*, XVII, 1 ; LL. 26, pr. et 34, § 1, *eodem*.

mission, en raison de ce qu'il devient parfait dans le pays où réside le mandataire, doit être régi par la loi qui y est en vigueur.

Mandati contractus, dit Casaregis, *dicitur initus in loco in quo diriguntur litteræ missivæ alicujus mercantoris, si aliter ad quem diriguntur eas recepit, et acceptat mandatum.*[1] Le mandataire représentant complètement le mandant, les actes qu'il fait dans le lieu où il se trouve sont considérés comme accomplis par ce dernier, et doivent être régis par la loi du pays où le mandataire les a passés. Toutefois, Casaregis observe avec raison que lorsqu'un commerçant charge son correspondant d'acheter pour son compte des marchandises et de les lui transmettre, et que ce dernier les achète, il est nécessaire de distinguer dans la convention deux contrats, l'un de mandat et l'autre de vente, qui sont accomplis tous deux au lieu où demeure le mandataire, parce que c'est là que son consentement s'unit à celui du mandant et à celui du vendeur.[2]

Cette théorie a été formellement consacrée par la Cour suprême de la Louisiane et par la Chambre des lords anglaise. Le lord chancelier de cette Chambre s'exprima en ces termes : « Si je réside en Angleterre et si je donne com-« mission à mon correspondant en Écosse de faire dans ce « pays un contrat pour mon compte, c'est comme si je m'y « étais rendu pour y contracter. »[3]

Le tribunal de Marseille a aussi admis le même principe et a décidé que lorsque, d'après l'usage du pays où aurait été conclu un contrat au moyen d'un intermédiaire, on devrait accorder un délai de faveur à l'acheteur pour le paiement du prix, le commettant ne pourrait contraindre le commissionnaire à lui faire le versement du prix qu'après l'expiration de ce délai, et qu'il serait tenu envers lui à des

[1] Casaregis, *Disc.*, 179, n. 2.
[2] Id., ibid., n° 10.
[3] Story, § *Conflict of Laws*, 285; Burge, *Comment. on Colonial* Law, 2e part., Ch. XX.

dommages-intérêts, s'il exerçait contre lui des poursuites avant l'expiration de ce même délai.[1]

131. — En ce qui concerne les contrats faits dans un lieu et ratifiés dans un autre, nous pensons avec Casaregis que le contrat doit être considéré comme parfait au lieu où la convention a été conclue et non en celui où elle a été ratifiée, parce que la ratification rétroagit à l'époque et au lieu de la *gestion*. Ce principe s'applique non seulement aux contrats faits par un commissionnaire et ratifiés par le commettant, mais encore à ceux faits par le *negotiorum gestor*, qui pour ses actes est assimilé au mandataire.[2] Dès lors, ces contrats doivent être régis par la loi du lieu où l'affaire a été conclue, et non par celle du domicile du *negotii dominus* qui les a ratifiés. Quant, en effet, un gérant d'affaires a acheté ou a passé un contrat quelconque pour le compte d'autrui et a ensuite demandé la ratification, bien que le consentement de celui qui ratifie s'unisse à celui du gérant dans le lieu où est donnée la ratification, toutefois il rétroagit au temps et au lieu où l'affaire a été faite. *Ratio rationis est*, dit Casaregis, *quia consensus ratificantis non unitur in loco suo ad aliquem actum seu contractum perficiendum, sed acceptandum contractum vel negotium pro se in loco gestoris jam factum, ac si eodem tempore et loco in quo fuit per gestorem negotium gestum ipsemet ratificans esset præsens, ibique contraxisset.*[3]

[1] Marseille, 16 oct. 1833 (Chapelin), *Journ. de Marseille*, 14, 1, 79.
[2] Code civ. italien, art. 1141 et C. civ. francais, art. 1372.
[3] Casaregis, *Disc.*, 179, § 20, 64, 76, 80 ; — Card. De Luca, *Disc.*, 47, n. 9 ; Delamarre et Lepoitevin, t. I, n. 175. — Compar. Pardessus, *Dr. comm.*, n. 1354 ; — Cass. française, 3 déc. 1811 (Dev., 3, 1, 42) ; Cour de Bordeaux, 22 avril 1828 (Dev., 9, 2, 69). — Compar. Hertii, *Opera de collisione legum*, § 4, n. 55 ; — Fœlix, n. 106 ; — Rocco, 3e part., ch. II. — Compar. Marseille, 26 févr. 1857 (Théric) et 18 juin 1867 (Goinard), *Journ. de Marseille*, 1867, 1, 113 et 240 ; — Marseille, 6 sept. 1871 (Sal mon), *Journ. de Marseille*, 1871, 1, 222. — En sens contraire, voir Marseille, 12 mai 1871 (Pascalin), *Journ. de Marseille*, 1861, 1, 143.

132. — Il nous semble toutefois juste de faire une distinction en ce qui concerne la ratification des contrats originairement nuls, parce qu'en ce qui concerne les actes antérieurs à la ratification, ils ne sont pas efficaces pour donner la vie aux rapports obligatoires entre les parties, rapports qui naissent seulement au moyen de la ratification, qui donne naissance au véritable contrat. Par conséquent, il est clair que le contrat ne pouvant être considéré comme né et parfait qu'au lieu où l'acte originairement nul a été ratifié, il doit être régi par la loi en vigueur en ce lieu.

133.—On devrait résoudre de même la question des contrats faits par des commis-voyageurs, dépourvus d'un mandat régulier pour contracter au nom de maisons de commerce, mais voyageant pour leur propre compte afin de recueillir les offres et les demandes et de les transmettre à des maisons de commerce principales, en leur proposant de les accepter ou de les refuser. Quand ces maisons acceptent la proposition, le contrat devrait être considéré comme parfait entre la maison principale et le commis-voyageur, en appliquant à cette convention les mêmes règles qu'aux contrats entre personnes éloignées.

Il nous semble utile de noter que, pour déterminer la nature des contrats conclus par des commis-voyageurs et le lieu où ils doivent être considérés comme parfaits, il faut établir avec précision la position juridique de ces commis-voyageurs relativement à la maison principale. S'ils voyagent pour le compte ou pour l'intérêt de leurs commettants et avec des pouvoirs suffisants pour conclure les contrats, en devenant ainsi les mandataires de ces derniers, ils doivent demeurer soumis aux règles exposées pour le mandat. Si, au contraire, ils ont des pouvoirs limités pour conclure les contrats sous la condition suspensive de la ratification de leurs commettants, on doit appliquer les principes qui règlent la gestion d'affaires subordonnée à la ratification.

Si, finalement, l'agent voyage pour son propre compte,

c'est-à-dire pour recueillir les demandes et les offres et pour en faire des propositions aux maisons de commerce principales, il devra être considéré comme le commissionnaire de chacune des personnes qui ont fait les offres et les demandes, et on devra appliquer les mêmes règles que si ces personnes avaient écrit aux maisons principales.

134. — A l'égard des contrats conclus sous condition suspensive, quand le lieu où cette condition doit se réaliser est différent de celui où ils ont été passés, il faut les considérer comme devenus parfaits plutôt dans ce dernier lieu, que dans celui où la condition doit se réaliser. La loi en vigueur en ce dernier lieu devra être appliquée seulement pour décider si la condition convenue devra ou non être considérée comme s'étant réalisée; mais comme la réalisation du fait prévu rétroagit au temps et au lieu où est née l'obligation, le contrat doit être régi par la loi en vigueur au lieu où il a été conclu.

135. — Pour les obligations qui dérivent d'actes successifs stipulés en diverses localités, il faut considérer attentivement la nature de ces actes. S'ils doivent être considérés comme des actes préparatoires se rapportant à la même affaire principale, il est clair que l'obligation ne pouvant être considérée comme parfaite que quand elle a été arrêtée, il faut s'en référer à la loi du lieu où ces actes préparatoires ont eu leur complément définitif, parce que c'est là seulement que l'on peut dire que s'est réalisé le *duorum in idem placitum consensus.*

Tel est le cas de deux personnes qui, en voyageant dans divers pays, négocient une affaire qui doit être par elles définitivement conclue dans un lieu déterminé.

Quand les actes, bien que successifs et relatifs à la même affaire, ont chacun une existence séparée, et comme tels sont de nature à produire des obligations juridiques, il faut appliquer à chacun d'eux la loi du lieu où il été passé.

C'est ce que l'on doit dire, par exemple, des endossements successifs d'une lettre de change, dont chacun doit être considéré comme régi par la loi du lieu où il a été fait.

On doit admettre la même décision dans l'hypothèse où une société d'assurance envoie un de ses agents avec des polices signées par son représentant, en donnant à cet agent la faculté de les délivrer dans chaque pays où il arrive, de conclure des contrats partiels et de revêtir ces contrats de sa signature. Ces contrats partiels seraient obligatoires pour la société, et la loi du lieu où elle aurait son siège principal devrait être appliquée pour ce qui concernerait l'obligation de la société elle-même ; mais l'on devrait tenir compte de la loi du lieu où chaque contrat partiel aurait été conclu, pour ce qui pourrait concerner les droits dérivant du contrat à l'égard des parties et des tiers.

136. — Venons-en à exposer les règles propres à résoudre les difficultés, qui peuvent se présenter relativement au lieu de l'exécution de l'obligation.

Il y a certaines obligations pour lesquelles le lieu de l'exécution doit être considéré comme déterminé par la nature de l'affaire elle-même, de façon à exclure toute difficulté. Ainsi, par exemple, la livraison d'une maison ou d'un terrain ne peut être exécutée que là où ces immeubles se trouvent situés. Pour d'autres obligations, le lieu de l'exécution résulte des circonstances ou de l'intention des parties, qui ont avec raison entendu que l'engagement soit exécuté immédiatement. Ainsi, l'étranger qui contracte des dettes pour ses besoins journaliers, doit les payer dans le lieu même où il les a contractées, parce que cela résulte de la nature des choses et de l'intention des parties.

Les difficultés peuvent naître quand, par suite de la nature même du contrat ou des circonstances, on peut admettre que l'accomplissement de l'obligation peut se réaliser dans un lieu différent de celui de la stipulation. Alors, le doute résulte de ce que les parties n'ayant pas expressément

indiqué ce lieu, on peut se demander à quelle date et en quel lieu l'obligation doit être exécutée.

137. — Prenons comme exemple l'engagement de rendre à destination une marchandise donnée. En supposant que les parties n'aient rien stipulé relativement à la manière d'en opérer la livraison, on pourrait se demander si le lieu où cette obligation devrait être considérée comme remplie devrait être celui du domicile du débiteur ou celui du domicile du créancier.

D'une part, on peut considérer que la personne qui s'est ainsi obligée peut dire que lorsqu'elle a expédié par les modes ordinaires de transport les marchandises à leur destination, en les remettant, par exemple, au Bureau des marchandises du chemin de fer, elle a rempli l'obligation qu'elle a contractée, parce qu'elle a accompli tous les actes qui étaient en son pouvoir pour la remplir. De là on peut conclure que le transport et la réception de la marchandise sont les conséquences ultérieures de l'exécution déjà parfaite. Telle est notamment l'opinion de Savigny,[1] qui soutient que l'expédition constitue l'exécution réelle. Il s'appuie sur deux dispositions du droit romain, sur celle que la perte de la chose pour cause de cas fortuit est aux risques de l'acheteur à partir du moment où la vente est conclue et avant l'accomplissement de la tradition,[2] et sur celle que, lorsqu'on a promis la livraison d'une chose mobilière, elle ne peut être demandée qu'au lieu où la chose elle-même se trouve.[3]

D'autres auteurs soutiennent l'opinion contraire, en considérant que l'envoi de la marchandise par les moyens ordinaires est un fait préparatoire de l'exécution, qui ne peut être considérée comme véritablement accomplie, que lorsque la marchandise parvient dans les mains du destinataire ou à son domicile.

[1] Savigny, *Traité du droit romain*, T. VIII, § 370.
[2] § 3, *Inst.*, *De empt.* (III, 24).
[3] L. 12, § 1, *Dig.*, *De pasit.* (XVI, 3).

En général, il faut examiner attentivement les termes du contrat et les circonstances pour déterminer le lieu de l'exécution.

138. — La Cour de Turin a décidé que le lieu de l'exécution du contrat n'est pas celui où l'on expédie les marchandises, bien qu'elles doivent être expédiées franco à domicile, mais celui où les marchandises doivent être livrées et mises à la disposition du commettant. En conséquence, elle a jugé que lorsque le vendeur s'est obligé à livrer la marchandise franco en gare, l'exécution du contrat doit être considérée comme fixée au lieu où réside le vendeur.[1]

Nous trouvons le même principe admis par la Cour de Gênes.[2]

Au contraire, la Cour de Naples s'est basée sur ce qu'on avait garanti le poids de la marchandise jusqu'à un lieu donné pour considérer ce lieu comme celui de l'exécution.[3]

139. — Certainement, la détermination du lieu de l'exécution du contrat, lorsqu'il n'a pas été expressément fixé, est délicate et ne saurait se résoudre d'après un principe général. Néanmoins, nous inclinons à admettre comme règle, que le lieu où la marchandise doit être reconnue et vérifiée doit être considéré comme celui de l'exécution, parce qu'on peut dire que c'est là, qu'après la constatation de l'identité de la chose et de la qualité stipulée, s'est accomplie l'obligation de la personne qui est tenue d'en opérer la livraison. La circonstance d'opérer la livraison de la marchandise franco à la gare ne nous semble pas toujours décisive, parce

[1] Turin, 22 décembre 1868 (Mazzoni), *Giurisprudenza torinese*, VI, 250. Voir aussi Turin, 22 mai 1866, Caveri, 6, 2, 60; Cour de cass. de Florence, 1er mars 1874, *Gazzetta di Genova*, XXVII, I, 221.

[2] 22 juin 1861 (Taddei-Garibaldi), Caveri, 6, 2, 129. — Voir en sens contraire : Turin, 19 janv. 1866 (Mordant), Caveri, 6, 2, 6.

[3] Naples, 3 décembre 1866, *Giurisprudenza italiana*, 1866, 1, 878.

qu'une stipulation en ce sens peut avoir pour but de fixer si les frais du transport doivent être à la charge du vendeur plutôt qu'à celle de l'acheteur. Du reste, il appartient aux juges de tenir compte des circonstances particulières de l'espèce, pour déterminer le lieu de l'exécution suivant la volonté présumée des parties.

140. — Dans une affaire jugée par les tribunaux de New-York, on a appliqué des règles différentes. Il s'agissait d'un négociant qui avait livré un lot de marchandises, sous la condition de les vendre à New-York et d'en transmettre le produit en Chine. Le consignataire étant tombé en faillite, il s'agissait de déterminer l'importance des intérêts moratoires dérivant du défaut de paiement, et l'opinion du tribunal et de la Cour différèrent sur la fixation du lieu où le paiement devait avoir lieu d'après le contrat. Le tribunal, conformément à l'opinion du chancelier Kent, considéra que l'argent provenant de la vente devant être transmis en Chine, cette obligation ne pouvait être considérée comme exécutée que lorsque le numéraire était parvenu au lieu de sa destination, et que dès lors le défaut de paiement s'étant produit en ce lieu, c'était là que l'on devait considérer la mise en demeure comme s'étant produite. La Cour, au contraire, considéra que l'exécution de l'obligation du commissionnaire consistait dans la transmission du produit de la vente de New-York en Chine, et, par conséquent, on devrait considérer la mise en demeure comme s'étant produite à New-York, et que c'était d'après la loi en vigueur en ce lieu qu'on devait déterminer l'intérêt moratoire.[1]

[1] Story, *Conflict of Laws*, § 297.

§ III

De la loi qui doit régler la nature et les effets juridiques de l'obligation.

141. — Les principes exposés jusqu'ici et la distinction par nous faite relativement au lien juridique et à l'exécution de l'obligation peuvent être aussi appliquées pour déterminer la loi, qui doit régler la nature et les effets juridiques de l'obligation.

C'est d'après la loi du lieu où l'obligation est devenue parfaite, que l'on doit décider si celle-ci est civile ou naturelle, si elle est simple ou conditionnelle ; si elle consiste à donner ou à faire, si elle est une obligation *rei certæ* ou une obligation *generis*.[1]

142. — En ce qui concerne la solidarité des débiteurs, qu'elle dérive immédiatement de la loi, ou de la convention par lequelle elle est expressément stipulée, elle doit être régie par la loi du lieu où le contrat a été conclu.

La solidarité constitue, en effet, une force de l'obligation et la sécurité du créancier, et elle doit dépendre de la loi sous l'empire de laquelle les parties se sont obligées.[2] Si, par exemple, plusieurs mandants étrangers confèrent un mandat à un Italien pour une affaire commune, ils sont te-

[1] Compar. Colmar, 25 avr. 1821 (Müller), Sirey, 21, 2, 264.
[2] Henry, *On foreign Law*, 39.

nus solidairement envers le mandataire pour tous les effets du mandat, suivant les dispositions de l'article 1856 du Code civil italien. La raison en est que le contrat de mandat devient parfait en Italie aussitôt que le mandataire accepte et exécute le mandat, et que dès lors la force de l'obligation entre les mandants étrangers et le mandataire italien doit être réglée par la loi italienne, sous l'empire de laquelle les parties s'obligent.

Il en est de même lorsque plusieurs fidéjusseurs étrangers fournissent des sûretés pour un même débiteur et pour la même dette. Chacun d'eux sera obligé pour la dette entière suivant les dispositions du Code civil italien (art. 1911). Pour la même raison, un étranger qui contracte mariage avec une veuve italienne, quand celle-ci n'a pas préalablement obtenu du conseil de famille l'autorisation d'administrer le patrimoine des enfants du premier lit, devient responsable solidairement avec sa femme de l'administration exercée par elle antérieurement et de celle indûment conservée (art. 238-239).

143. — On peut se demander quelle est la loi, d'après laquelle on doit décider si les codébiteurs peuvent jouir du bénéfice de division.[1] De Boullenois considère le bénéfice de division entre les codébiteurs comme une exception personnelle à l'action, et est d'avis qu'il doit être régi par la loi du domicile de la personne. Il ajoute, toutefois, que lorsque la *lex loci contractus* reconnaît un tel bénéfice, il doit être admis, même lorsqu'il n'est pas consacré par la loi du domicile du débiteur, par le motif qu'il faut tou-

[1] Suivant la loi italienne, le bénéfice de division est admis, quand plusieurs personnes fournissent des sûretés pour un même débiteur et pour une même dette, et alors chacune d'elles peut exiger que le créancier divise préventivement son action et la réduise à la part de chacun (art. 1911-1912 C. civ. ital. correspondant à l'article 2026 du C. civ. français). D'après le droit romain, il pouvait exister des obligations corréales impropres et les fidéjusseurs pouvaient être tenus de payer *in solidum* et jouir du *beneficium divisionis* (Voir Savigny, *Des obligations*, § 20 à 25).

jours préférer la loi qui est la plus favorable au débiteur. Cet auteur conclut en disant que l'on doit appliquer la loi du contrat ou celle du domicile de la personne, suivant que l'une ou l'autre est plus favorable au débiteur.[1]

Nous, au contraire, nous estimons qu'on doit tenir compte de la *lex loci contractus*, parce que le bénéfice de division appartient à l'essence de l'obligation. En effet, les codébiteurs sont plus ou moins strictement obligés, suivant que l'on admet ou non entre eux le bénéfice de division. Ce n'est pas là une raison suffisante pour considérer ce bénéfice comme une exception personnelle, parce que chacun peut renoncer à un de ses droits, et que lorsque l'obligation est née sous l'empire d'une loi étrangère, on doit en apprécier la nature, l'étendue, les exceptions, l'efficacité ou l'inadmissibilité d'après cette loi.[2]

144. — Pour ce qui concerne les moyens dont peut disposer le créancier pour contraindre le débiteur à l'accomplissement de l'obligation par lui contractée, il faudra se conformer à la loi du lieu de l'exécution du contrat et aux principes que nous indiquerons plus loin relativement à la procédure à suivre pour l'exécution des contrats.

145. — A l'égard des effets juridiques des obligations, il est nécessaire de distinguer ceux qui dérivent immédiatement de la nature du contrat, ou d'une disposition de la loi, ou de la coutume en vigueur au lieu où les parties se sont obligées, des effets accidentels, qui résultent d'événements postérieurs et qui naissent par suite de circonstances, qui se réalisent par suite de l'accomplissement de l'obligation.

Les juristes qualifient les premiers effets *naturalia con-*

[1] De Boullenois, T. II, p. 463 475-476.

[2] Fœlix, nº 109 ; Voët, *De stat.*, Sect. IX, Cap. II, n. 10 : Story, § 322 b. ; Burge, *Comment.*, 2e part., Ch. XX.

tractuum.[1] Ils sont bien distincts des effets essentiels, en l'absence desquels ou bien le contrat n'existerait pas, ou bien le genre en serait changé. Tel que serait, par exemple, le transfert de la propriété dans le contrat de vente. *Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cujus dominio id agitur, ne ad emptionem transeat: sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus.*[2]

Les effets immédiats ou naturels sont à proprement parler ceux qui dérivent de la nature du contrat sans nécessité de convention expresse, mais qui peuvent être exclus par la volonté des parties, sans en modifier l'essence ou le genre. C'est ce qui arrive dans une vente, lorsque par une clause expresse, on a exempté le vendeur de la garantie de la chose vendue, ou lorsqu'on a stipulé qu'une fois le contrat parfait, la perte de la chose aura lieu au préjudice de l'acquéreur, sans que celui-ci puisse être dispensé du paiement du prix; et lorsque, dans un contrat de prêt, on a convenu que le prêteur n'est pas tenu de la *culpa levissima* s'il a employé la chose prêtée à un usage différent de celui fixé dans l'acte. Ces stipulations et toutes autres analogues ne changeraient certainement pas la nature de la vente et du prêt à usage, mais d'après la nature de l'opération juridique, en l'absence de telles clauses, on doit admettre que l'effet naturel et immédiat du contrat exclut de tels résultats.

146. — Quand les parties n'ont rien déclaré expressément, c'est d'après la loi du lieu du contrat que l'on doit déterminer tous les effets immédiats qui dérivent de cette convention, soit en vertu des dispositions de la loi, soit en vertu de la coutume. En effet, quand les contractants ne sont ni citoyens de la même patrie, ni domiciliés dans le même pays, on ne peut faire prévaloir l'intention que l'un d'eux peut avoir de s'en référer à la loi de sa patrie ou de son do-

[1] Pothier, *Obligat.*, art. 1, § 3; de Boullenois, *Observat.*, 23, p. 446; Burge, *Comment.*, 2e part., Ch. IX.
[2] L. 80, § 3, *Dig.*, *De contr. empt.*

micile ; mais l'on doit plutôt admettre que la loi à laquelle tous se sont soumis par un accord tacite est celle du lieu où ils se sont obligés. Cette loi devient ainsi le complément de la convention et doit déterminer partout les droits réciproques des parties. *Semper in stipulationibus et in cæteris contractibus id sequimus quod actum est. Unde si non appareat quod actum est, consequens erit ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur.*[1]

Lauterback s'exprime ainsi à ce sujet : *Ea enim quæ auctoritate legis vel consuetudinis contractum comitantur, eidem adhærent, naturalia a doctoribus appellantur. Lex enim altera est quasi natura, et in naturam transit. Atque quoad naturalia contractuum etiam forenses statuta loci contractus observare debent.*[2]

Nous déduisons de ce principe, admis par la majorité des juristes,[3] que c'est d'après la loi du lieu du contrat que l'on doit décider si la chose périt pour le débiteur ou pour le créancier ; si le débiteur est tenu de la faute lourde ou légère, ou seulement du dol ; s'il est responsable nonobstant la force majeure ou le cas fortuit ; dans quel délai le créancier peut exiger l'accomplissement de l'obligation de son débiteur, quand ce délai n'a pas été formellement stipulé, mais résulte de la nature du fait qui est l'objet de l'obligation même ; quel droit peut avoir le créancier de demander l'exécution du contrat ou la réparation du *damnum emergens* et du *lucrum cessans;* quelle est l'obligation du débiteur relativement à la livraison de la chose, à l'accomplissement du fait convenu, ou à la réparation du préjudice causé ; quelle garantie doit avoir le vendeur ; à qui appartient le droit de demander la résolution du contrat pour cause de lésion, ou la *restitutio in integrum* pour une cause inhérente au contrat lui-même, et dans quels cas peut-on exercer de tels droits.

[1] L. 1, 35, *Dig.*, *De reg. jur.*
[2] *Lanterback*, *Dissertatio*, 104, part. 3e, n. 58, cité par de Boullenois, *Observat.*, 46, p. 460.
[3] Fœlix, n. 109 ; — Story, § 321 ; — Voët, *De statut.*, Sect. IX, Ch. II; — Rocco, IIIe part., Ch. VIII.

147. — Tous les effets qui dérivent du mode d'exécution du contrat doivent être réglés par la loi du lieu de l'exécution. *Ea quæ ad complementum vel executionem contractus spectant, vel absoluto eo superveniunt, solere a statuto loci dirigi, in quo peragenda est solutio.*[1] Ainsi, par exemple, si celui qui a reçu un prêt, ne pouvant restituer la chose, est tenu d'en payer le prix, l'estimation en sera faite d'après la loi du lieu où la restitution de l'objet prêté devait être opérée[2]. *Extimatio rei debitæ*, dit Everhardus, *consideratur secundum locum ubi destinata est solutio, seu deliberatio, non obstante quod contractus alibi est celebratus.*[3]

La même loi devra être appliquée pour décider si la faute, la négligence, le cas fortuit et la mise en demeure peuvent être considérés comme réalisés, suivant la règle que pose Voët : *Hinc ratione effectus et complementi ipsius contractus spectatur ille locus, in quem destinata est solutio : id quoad modum, mensuram, usuras, negligentiam, etc., et moram post contractum initum accedentem, referendum est.*[4]

148. — Finalement, les effets qui dérivent d'événements accidentels qui se sont produits avant ou après la convention ou au moment de l'exécution, et qui ne dépendent pas d'une cause inhérente à l'obligation primitive, mais de faits nouveaux, *ex post facto,* doivent être réglés par la loi du lieu où naît la nouvelle cause dont ils dépendent. Ainsi, par exemple, si les garanties que présentait le débiteur à l'époque du contrat s'étaient amoindries depuis, et si le créancier pouvait le contraindre judiciairement à garantir son obligation au moyen de sûretés ou d'une caution, ce serait d'après la loi du lieu où aurait été rendu le jugement que l'on devrait déterminer tous les effets dérivant de la caution judiciaire et le droit que peut avoir la caution de demander

[1] Burgundius, Tract. 4, n° 29.
[2] Compar. C. civ. ital., art. 1828.
[3] Everhardus, *Consilia sive responsa juris*, 78, n° 9.
[4] P. Voët, *De stat.*, § 9, cap. 2, p. 270.

l'exécution de la part du débiteur principal. Il en est de même des effets de la novation, de la ratification et de la confirmation d'un contrat originairement nul, de ceux de la cession d'une action en ce qui concerne les droits que peut avoir le cessionnaire d'un droit litigieux à l'encontre du cédant, et des conséquences qui dérivent de la confusion des qualités de débiteur et de créancier.

149. — De même, les arrhes, qui peuvent être versés comme gage d'une convention à conclure et des effets juridiques qui en dérivent, doivent être appréciés d'après la loi du lieu où ils ont été versés, parce qu'on doit les considérer comme un incident distinct de la convention. S'ils ont été versés comme gage d'une obligation déjà conclue, ils doivent être régis par la loi du lieu du contrat. Dès lors, s'ils ont été versés en Italie et si une volonté différente n'est pas établie, on doit les considérer comme une sûreté pour la réparation des dommages en cas d'inaccomplissement de l'obligation. La partie qui n'est pas en faute et qui ne préfère pas obtenir l'accomplissement de la convention, peut s'en tenir aux arrhes qu'elle a reçus ou exiger le double de ceux qu'elle a donnés.[1]

150. — En ce qui concerne la clause pénale, c'est-à-dire l'accomplissement du fait dont est tenu le débiteur aux termes de la convention, si c'est par sa propre faute qu'il n'a pas accompli ou a accompli tardivement l'obligation à laquelle il s'est engagé, nous dirons qu'elle est par elle-même une convention accessoire, et qu'il faut à ce sujet appliquer les principes généraux.

La clause pénale est établie dans le contrat pour déterminer l'étendue des dommages et intérêts, que le débiteur doit être tenu de payer à raison du défaut d'exécution de l'obligation. Cependant comme il n'encourt la pénalité que

[1] Il en est ainsi d'après le Code civ. italien (art. 217) et d'après le Code autrichien (art. 908).

s'il est en faute ou en demeure, il faut s'en tenir aux principes exposés relativement à la faute et à la demeure.

Nous noterons, en outre, que la clause pénale, bien que valablement consentie par les parties aux termes de la loi du lieu du contrat, ne peut produire effet dans le lieu où l'on veut, en s'en prévalant, procéder contre le débiteur, si elle est contraire aux lois d'ordre public en vigueur en ce lieu. Par exemple, on doit ainsi décider dans le cas où au lieu du contrat, il est permis de s'obliger sous la sanction de la contrainte par corps. Si donc la loi du lieu où l'on voudrait faire incarcérer le débiteur ne permettait pas ce mode d'exécution, on invoquerait vainement la clause pénale valablement stipulée à l'étranger.[1]

§ IV

De la loi qui doit régir les actions et les exceptions.

151. Les actions dérivant de l'obligation conventionnelle dépendent de la *lex loci contractus*. — 152. Indication précise de l'objet propre de la discussion. — 153. Les actions et les exceptions quant au fond du droit, font partie de la substance du contrat. — 154. Application de la règle à divers cas particuliers. — 155. Elle est consacrée par la jurisprudence. — 156. Des actions en rescision, en révocation et en réduction. — 157. De l'action rédhibitoire et de la rescision pour cause de lésion.

151. — L'efficacité des obligations doit aussi être dé-

[1] La contrainte par corps pour dettes civiles et commerciales a toujours été réglée par la *lex fori*, plutôt que par la *lex loci contractus*. Il en était ainsi en France avant l'abolition de cette contrainte, aussi bien du reste qu'en Angleterre. La majeure partie des Etats civilisés l'ont abolie, peu de cas exceptés, tels que celui de fraude (France, loi du 22 juillet 1867 ; Belgique, loi du 27 juillet 1871 ; Confédération de l'Allemagne du Nord, loi du 29 mai 1868 ; Autriche, loi du 4 mai 1868 ; Angleterre, St. 32 et 33, Vict., 9 août 1869). En Amérique, la contrainte pour dettes est expressément prohibée par la Constitution ; dans d'autres Etats, elle a été prohibée par des lois spéciales. En Italie, elle a été abolie par la loi du 6 décembre 1877.

terminée d'après la *lex loci contractus*, alors qu'il s'agit d'apprécier les actions appartenant au créancier pour contraindre le débiteur à l'accomplissement de l'obligation par lui contractée et les exceptions péremptoires que ce même débiteur peut opposer pour faire rejeter la demande. Ces actions et ces exceptions ainsi considérées font partie de la substance même de l'obligation, ainsi que l'ont dit les jurisconsultes romains. *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat : sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum.*[1] On peut dire que l'obligation est pleinement efficace, alors seulement que le débiteur peut être contraint à l'accomplissement du fait convenu au moyen d'une action judiciaire. *Debitor intelligitur is a quo invito exigi pecunia potest.*[2]

152. — Ce n'est pas ici le lieu d'examiner de quelle manière et dans quelles formes doivent être exercées les actions tendant à obtenir la sanction judiciaire des obligations, ni de dire quel est le magistrat compétent pour en connaître. Ici, nous avons seulement à traiter de l'efficacité d'un contrat dans un pays différent de celui où il a été stipulé, à un point de vue général, c'est-à-dire à déterminer en principe la loi destinée à régler l'admissibilité des actions et des exceptions. Nous tenant dans cet ordre d'idées, nous ne pouvons admettre la théorie des auteurs qui ont enseigné que l'on devait considérer les actions et les exceptions de toute nature comme des institutions de procédure, qui comme telles devraient dépendre de la loi du lieu où l'action est exercée.[3]

153. — Nous admettons, au contraire, la doctrine de Sa-

[1] L. 3, *Dig.*, *De oblig. et act.* (XLIV, 7).
[2] L. 108, *Dig.*, *De verb. signif.* (L. 16).
[3] Fœlix, *Droit international privé*, § 100.

vigny,[1] et nous soutenons que, la valeur de l'obligation juridique consistant dans le droit qu'acquiert le créancier de contraindre le débiteur à accomplir le fait convenu, l'existence et la nature de l'action, en tant qu'il s'agit du fonds du droit, doivent être réputées strictement connexes au lien de droit et ne peuvent dépendre que de la loi même, qui doit régler l'obligation. L'exception péremptoire se fonde également sur la nature et sur la substance de l'obligation, puisqu'elle dérive de ce que la validité même de l'obligation peut être attaquée. On ne peut dès lors pas, sans inconséquence, soutenir que la substance et la validité intrinsèques de l'obligation doivent dépendre d'une loi, et l'admissibilité d'une action ou d'une exception péremptoire, d'une autre loi. Cela est vrai pour les actions et les exceptions dérivant de faits nouveaux, *ex post facto*, lesquelles doivent être régies par la loi du lieu où le fait nouveau acquisitif s'est produit. Il en est ainsi également des exceptions qui concernent l'ordre du jugement : elles sont fondées sur le droit de procédure et doivent être naturellement régies par la loi du lieu où l'instance est introduite.

154. — On peut conclure de ces principes que, pour décider en matière de vente si l'acheteur a l'action en garantie contre le vendeur en cas d'éviction, on doit appliquer la loi du lieu du contrat, et non celle du lieu de la situation de la chose, ni celle du lieu indiqué pour le paiement, ni enfin celle du domicile du vendeur. La raison en est que, bien que l'action en garantie soit personnelle, et doive, quant à la forme, être régie par la loi du domicile du vendeur, que bien qu'elle puisse être exercée seulement quand l'éviction peut être considérée comme réalisée d'après la *lex rei sitæ*, toutefois, quant au fond, elle dérive de la loi sous laquelle les parties se sont obligées, et fait partie intégrante de l'obligation du vendeur.

[1] Savigny, *Traité du droit romain*, VIII, § 374.

Pour la même raison, l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*, l'*exceptio excussionis*, l'*exceptio doli* et autres analogues doivent être appréciées d'après la loi sous l'empire de laquelle est née l'obligation.[1]

155. — La jurisprudence consacre notre opinion. Il a été décidé en ce qui concerne des marchandises adressées à un port étranger et assurées en France, que l'action d'avaries contre l'assureur devait être régie par la loi française, et que si la marchandise était reçue sans protestation faite dans le délai établi par l'article 435 du Code de commerce français, l'action serait périmée ; qu'il ne pouvait suffire pour rendre l'exception inadmissible que le destinataire eût demandé une expertise pour faire vérifier l'état de la marchandise, s'il avait omis de protester devant le consul ou l'ambassadeur français.[2] Il a été également décidé que l'assureur, qui était entré en pourparlers amiables avec l'assuré pour le règlement des avaries, ne pouvait pas être présumé déchu du droit de se prévaloir de l'exception parce qu'il y aurait renoncé.[3]

Les mêmes principes furent appliqués à un contrat d'assurance fait en France pour des marchandises chargées à bord d'un navire étranger, dans un port étranger, et l'on décida que l'action contre l'assureur devait être régie par la loi française : « C'est la loi sous l'empire de laquelle le con- « trat d'assurance a été formé, c'est-à-dire la loi française « qui doit régir l'action de l'assuré pour avarie aux mar- « chandises. »[4]

156. — Relativement aux actions en rescision, en révo-

[1] Mascardus, *Concl.* 7, n. 75 ; — Rocco, 3e part., ch. 8 ; — Massé, *Droit commercial*, n. 638.

[2] Marseille, 10 janv. 1838 (Armand), *Journal de Marseille*, 17, 1, 59.

[3] Bordeaux, 16 août 1859 (Lacourade, Durand et Courtaud) ; *Journal de Marseille*, 37, 2, 138.

[4] Fœlix, *Droit privé international*, n. 111 ; — Rocco, 3e part., Ch. X ; — Voët, *De statut.*, sect. 9, cap. 2, n. 20 ; — Meyer, § 46 ; — Merlin, *Répert.*, vo *Effet rétroactif*, sect. 3 ; — Chabot, *Quest transit.*, *Rescision*, n. 7.

cation, en réduction et en annulation d'une obligation, nous observerons que si elles sont fondées sur un vice intrinsèque du contrat, elles doivent être réglées par la loi même sous l'empire de laquelle les parties se sont obligées, mais que si elles dépendent d'une cause extrinsèque et postérieure à la stipulation, ou de l'incapacité des contractants, elles doivent être appréciées d'après la loi du lieu où s'est réalisé le fait, ou d'après la loi à laquelle est soumise la personne.

La raison de cette doctrine admise par Rocco, par Fœlix, par Voët, par Merlin et par d'autres auteurs est fondée sur la considération que l'action en rescision est un effet immédiat de l'obligation même, parce que, suivant Merlin, les parties se sont tacitement réservé la faculté de rescinder la convention, en cas de réalisation d'une des causes déterminées par la loi sous l'empire de laquelle elles se sont obligées. « Si, dit Rocco, on fait une donation conditionnelle « dans un lieu, pour décider si l'inaccomplissement de la « condition entraîne la nullité ou la rescision de la donation, on doit appliquer la loi sous l'empire de laquelle elle « a été faite, et non celle du lieu où existe la chose donnée « ou dans lequel devait se réaliser la condition. »

157. — Ce principe doit aussi s'appliquer à l'action rédhibitoire à raison des vices cachés de la chose vendue et à la rescision pour cause de lésion en faveur de l'acheteur ou du vendeur.

Massé est d'avis que, lorsque l'action en rescision a pour objet un immeuble, elle doit être régie par la loi réelle, ou en d'autres termes par celle du lieu où la chose est située, et que c'est d'après cette même loi qu'on doit décider si la vente d'un immeuble peut être attaquée pour lésion.[1] Telle est aussi l'opinion de Fœlix, qui semble être tombé dans une contradiction. Il admet, en effet, que si la loi du contrat accorde au vendeur le droit de rescinder la vente pour

[1] Massé, *Droit commercial*, n° 641.

lésion, son action doit être valable en France nonobstant l'art. 1683 du Code civil français [1] (conforme à l'art. 1536 du Code civil italien), et ensuite il dit que l'on doit appliquer la *lex rei sitæ* pour décider si la vente d'un immeuble doit être annulée pour lésion.[2]

L'opinion de Rocco est mieux fondée : il soutient que, pour apprécier la lésion et pour en déterminer la valeur effective, on doit appliquer la loi du lieu où la chose est située, mais que pour décider si l'action en rescision pour lésion appartient au vendeur et à l'acheteur ou à l'un d'eux seulement, et si la lésion doit être supérieure à la moitié ou aux deux tiers, on doit appliquer la loi du lieu du contrat, parce que les parties se soumettent tacitement à cette loi, dont dépend la validité de la convention.

§ V

De la loi qui doit régler la prescription des actions.

158. Divergences entre les jurisconsultes relativement à la loi qui doit régler la prescription de l'action. — 159. Opinion de Pothier. — 160. Opinion de Merlin. — 161. Observations critiques. — 162. Théorie de Pardessus. — 163. Opinion de divers jurisconsultes. — 164. Doctrine de Troplong. — 165. Théorie qui nous paraît préférable. — 166. Elle est conforme à l'opinion de Savigny et à la jurisprudence.

158. — Les jurisconsultes sont divisés en ce qui concerne la loi qui doit régir la prescription des actions.

159. — Pothier est d'avis qu'elle doit être réglée par la loi du domicile du créancier. D'après lui, les rentes et les choses mobilières qui n'ont pas de situation, étant régies par la loi du domicile du propriétaire, qui ne peut en être

[1] Fœlix, *Dr. privé internat.*, n° 111.

[2] Id., ibid., n° 93. Cet auteur cite deux arrêts de la Cour suprême d'appel de Hesse, siégeant à Darmstadt, des 19 mars 1819 et 1820.

privé que d'après la loi à laquelle il est soumis, ce doit être la loi de son domicile qui doit régler la prescription.[1]

Le vice de ce raisonnement nous paraît être de considérer immédiatement le créancier comme un propriétaire, tandis que l'objet de la controverse est précisément de savoir si le créancier qui n'a pas demandé le paiement avant l'expiration du délai nécessaire pour prescrire, doit ou non être considéré comme propriétaire de sa créance, et qu'étant donné qu'on doit présumer la renonciation au droit de la part du créancier et l'acquisition de ce même droit de la part du débiteur, il ne faut pas admettre que le débiteur soit devenu propriétaire, ce qui conduirait à décider que l'on devrait préférer la loi du domicile du débiteur.

160. — Certains juristes ont pensé que tout doit dépendre de la loi personnelle du débiteur, par le motif que la prescription libératoire doit être considérée comme un bébéfice personnel, et dès lors être régie par la loi du domicile du débiteur.[2] Quand, d'après Merlin, la loi déclare une dette prescrite, elle n'annihile pas le droit du créancier, mais oppose seulement une barrière à son action, dès lors il est évident que la prescription ne doit pas être régie par la loi du domicile du créancier, mais par celle du domicile du débiteur.[3]

161. — Nous ne pouvons pas admettre l'ordre d'idées de Merlin. Nous pensons que, bien qu'il soit évident que la prescription libératoire soit un *modus tollendi obligationem* en faveur du débiteur, toutefois il n'est pas également évident que le terme pour prescrire doive être fixé d'après la loi de son domicile. Cela conduirait à laisser à l'arbitraire du débiteur d'abréger par un simple transfèrement de

[1] Pothier, *Prescription*, n° 251.
[2] Voët, *Comment. ad Pand.*, *De rer. div.*, n° 12; *De in integr. restit.*, n° 29 ; — Burgundius. *Ad consuet. Flandriæ, Tract.* 2, n° 23 ; — Troplong, *Prescript.*, n° 38.
[3] Merlin, *Répert.*, v° *Prescription*, sect. 2, n° 7; *Quæst. de droit*, § 15.

domicile le terme pour prescrire.[1] La raison des choses exige que le terme pour prescrire existe, mais qu'il soit certain et déterminé, et non variable au gré d'une partie et au préjudice de l'autre.

162. — Pardessus pense que tout inconvénient pourrait être évité, en s'en tenant à la loi du domicile du débiteur au moment où il s'est obligé.[2]

Nous ne sommes certes pas partisan de la préférence donnée à la loi du domicile pour régler d'après cette loi les obligations personnelles; mais si nous devions entrer dans un tel ordre d'idées, nous devrions observer que nous ne voyons aucun motif pour admettre de préférence l'application de la loi de l'ancien domicile. Comme il s'agit d'un bénéfice personnel, il faudrait avoir égard au domicile actuel. Le créancier qui n'aurait pas exercé l'action dans le délai fixé par la loi de l'ancien domicile, devrait s'imputer à lui-même le fait d'être privé du droit d'action, par le motif que le délai fixé pour la prescription serait plus court d'après la loi du nouveau domicile de son débiteur. Nous répétons toutefois que nous n'admettons aucunement une telle opinion.

163. — Des écrivains renommés ont soutenu que tout devait dépendre de la *lex fori*. Cette opinion admise notamment par Huber,[3] De Boullenois[4] et Meyer,[5] et consacrée par la jurisprudence de l'Angleterre et de l'Amérique septentrionale, est défendue à l'aide de différents arguments.[6]

Certains auteurs ont fait valoir l'argument très spécieux, que la prescription devait être considérée comme une excep-

[1] Compar. Dunod, *Prescription*, 1re part., p. 14.
[2] *Droit commercial*, § 1495.
[3] Huber, *De conflictu leg.*, n. 7; Everhardus, *Cons.*, 78; P. Voët, *De stat*, § 10, cap. I, n. 1.
[4] De Boullenois, *Observat.*, p. 530.
[5] Meyer, § 48.
[6] Tittman, *De competentia legum externarum*, § 14; — Story, § 577; — Everhardus, *Cons.*, 78; — Casaregis, *Discursus leg.*, 130, no 25.

tion appartenant à l'*ordo judicii*. D'autres ont ajouté que le juge ne peut pas protéger un droit après l'expiration du délai fixé par la loi pour le considérer comme efficace, et que la prescription doit dès lors être considérée comme un *beneficium fori*.

Huber dit : *Ratio hæc est quod præscriptio et executio non pertinet ad valorem contractus sed ad tempus et modum actionis instituendæ, quæ per se quasi contractum separatumque negotium constituit.*[1]

Contre cette opinion militent les mêmes raisons que contre celle d'après laquelle on préfère la *lex domicilii*. En effet, l'action devant ordinairement être exercée au domicile du débiteur, le créancier n'a pas dans tous les cas la faculté de choisir le lieu pour exercer l'action, puisque ce lieu dépend en fait du débiteur. Par conséquent, le droit du créancier pourrait être compromis.

164. — Une opinion qui mérite aussi qu'on s'y arrête est celle de Troplong, qui voudrait faire dépendre la prescription libératoire de la loi du lieu où l'obligation aurait dû être exécutée, et cela parce qu'il considère la prescription comme une pénalité infligée au créancier négligent qui n'a pas réclamé l'accomplissement de l'obligation en temps voulu.[2] Cette opinion, que nous trouvons consacrée par la jurisprudence dans des questions relatives à des lettres de change, a été admise par le tribunal de Marseille et par la Cour d'Aix, qui ont décidé que « d'après la doctrine la plus « accréditée, la prescription extinctive d'une obligation per- « sonnelle dépend de la loi du lieu de l'exécution du con- « trat. »[3]

[1] *Loc. cit.* Cete opinion est conforme à celle soutenue par M. Labbé dans sa note sous l'arrêt de la Cour de cassation française du 13 janvier 1869, *Journal du Palais*, 1869, 113.

[2] Troplong, *Prescription*, § 38.

[3] 20 décembre 1865 (Schœffer); 20 juin 1866, *Journal de Marseille*, 1866, 1, 36, 1867, 1, 116.

On pourrait objecter que si, comme le prétend Troplong, la négligence du créancier devait être frappée par la loi là où elle se serait produite, ce ne devrait pas être la négligence à exiger le paiement qui devrait être atteinte, mais la négligence à agir en justice pour contraindre le débiteur, et que dès lors la prescription devrait dépendre plutôt de la loi du lieu où l'on devrait agir en justice, parce que ce serait là qu'on pourrait contraindre à l'exécution. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation française qui, dans son arrêt infirmant celui de la Cour d'Aix, s'exprimait ainsi : « En ma-« tière d'actions personnelles, les règles de la prescription « sont celles de la loi du domicile du débiteur, qui, pour-« suivi en vertu de la loi de son pays, a le droit de se pré-« valoir des dispositions de cette même loi, qui peuvent le « protéger contre l'action dont il est l'objet. »[1]

Toutefois, dans l'affaire jugée par la Cour de cassation française, il s'agissait d'un créancier allemand, établi pour son commerce à Londres, au profit duquel un Français avait contracté à Gênes l'obligation de transporter certaines marchandises à Londres; de plus, il avait été contracté en France une obligation de garantie, et la question se présenta, parce qu'à propos du recours en garantie, on opposa la prescription.

La Cour de cassation exclut l'application de la loi anglaise, c'est-à-dire de celle du lieu de l'exécution et admit que la prescription devrait être régie par la loi française, qui était celle du domicile du débiteur. Toutefois, cette loi coïncidait avec celle du lieu où était née l'obligation en garantie. On ne peut dès lors pas soutenir que la Cour de cassation ait décidé que la loi du domicile du débiteur devrait être préférée, si elle se trouvait en conflit avec celle du lieu où serait née l'obligation, contre laquelle on voudrait opposer la prescription.

[1] 20 janvier 1869, *Journal de Marseille*, 1869, 2, 78.

165. — Parmi toutes les théories que nous venons d'exposer, celle que nous considérons comme la mieux fondée et que nous admettons, c'est que la prescription libératoire des actions qui dérivent d'une obligation doit être régie par la loi à laquelle doit être soumise l'obligation. En effet, si l'obligation juridique vaut autant en substance que le droit pour le créancier de contraindre le débiteur à l'accomplissement du fait convenu, la durée de l'action se lie avec la force de l'obligation et doit être conséquemment régie par la même loi qu'elle.

Quand deux personnes s'obligent, on doit considérer comme convenu entre elles, que le terme dans lequel l'une peut agir contre l'autre pour la contraindre à l'accomplissement doit dépendre de la loi même, sous l'empire de laquelle est née l'obligation, aussi bien que le droit d'action qui y est relatif. Quand, dit Demangeat, je contracte avec un Anglais en Angleterre et où, je suppose, les actions se prescrivent par vingt ans, n'est-ce pas la même chose que si j'avais dit à mon débiteur que je me réservais d'agir contre lui pendant les vingt années? [1]

166. — Telle est aussi l'opinion de Savigny [2] et elle mérite d'être préférée à toute autre, parce qu'elle est la plus conforme au droit rationnel. Le terme pour prescrire y est, en effet, déterminé d'une façon stable, de sorte qu'il ne peut être modifié, ni par suite du changement de domicile du débiteur, ni par suite du lieu où le créancier est contraint d'agir contre le débiteur ; et l'on évite ainsi qu'une des parties puisse entreprendre une chose quelconque au préjudice de l'autre.

M. Ballot a soutenu la même opinion dans la *Revue pratique de droit*, et nous la trouvons consacrée par la juris-

[1] Demangeat, *Condition des étrangers*, p. 358. Voir appendice, p. 508.

[2] Savigny, *Droit romain*, T. VIII, p. 271.

prudence des tribunaux français [1] et italiens.[2] La Cour d'Alger a, en effet, admis que les lettres de change souscrites à l'étranger entre étrangers appartenant au même pays doivent être régies par la loi de ce pays, surtout pour ce qui a trait à la prescription, bien que le paiement soit réclamé devant un tribunal français. [3] M. Labbé, au contraire, dit, en combattant cette théorie : « *La loi de la prescription est la loi de l'action*. La loi qui octroie la faculté « d'agir en justice limite l'exercice de cette faculté. » [4]

La doctrine de M. Labbé nous paraît d'autant plus dangereuse, que la loi française accorde (en vérité sans de justes raisons) au créancier français la faculté de s'adresser au magistrat de son pays de préférence au magistrat compétent à raison du contrat, ce qui conduit à rendre la loi française applicable toutes les fois qu'un Français est intéressé dans le contrat et trouve utile d'invoquer cette loi. De toute façon, du reste, la théorie de M. Labbé ne conduit pas à donner de la fixité au terme pour prescrire, si l'on considère que, surtout en matière de commerce, les tribunaux compétents peuvent être divers.

[1] La Cour de Chambéry a admis que la prescription quinquennale ne pouvait pas être opposée en France à l'encontre d'une demande en paiement d'une dette contractée dans un pays où cette prescription n'était pas admise, 12 février 1869, *Journal du Palais*, 1870, p. 91. — Compar. Cass. française, 13 janvier 1869, *id.*, 1869, p. 113 et 6 janvier 1869, *id.*, p. 118.

[2] Voir l'arrêt de la Cour de Pérouse, 28 novembre 1868 (Manicomio di Roma C. Ferri), *Annali di Giurisprudenza*, 1879, 38.

[3] Alger, 18 août 1848 (Heffner), *Journal de Marseille*, 28, 2, 75.

[4] Voir la note sous l'arrêt de la Cour de cassation française du 13 janvier 1869 (Albrecht), *Pal.*, 1869, 113.

§ VI

De l'efficacité juridique exterritoriale des conventions.

167. Les contrats doivent être judiciairement efficaces partout, pourvu qu'ils ne soient pas contraires à l'ordre public.— 168. Sont inefficaces les contrats qui impliquent une violation du droit public. — 169. Il en est de même de ceux contraires aux lois et aux règlements prohibitifs d'un État. — 170. Les contrats inefficaces peuvent cependant donner naissance à une action judiciaire valable. — 171. Décisions des tribunaux français et des tribunaux américains. — 172. Explication de la règle relative à l'inefficacité de l'action judiciaire.— 173. Du contrat portant obligation de faire la contrebande et des actions judiciaires qui y sont relatives. — 174. La contrebande déjà exécutée peut donner lieu à une action judiciaire valable.

167.—Toutes les fois que l'action judiciaire appartenant au créancier pour obtenir l'accomplissement de l'obligation contractée par le débiteur n'est pas prescrite, on peut demander partout l'exécution de l'obligation et contraindre juridiquement le débiteur, pourvu toutefois que l'acte convenu ne soit pas contraire aux principes d'ordre public et au droit social en vigueur dans le pays où l'on veut rendre cette obligation efficace.

Tous les peuples civilisés ont reconnu que l'obligation conventionnelle doit avoir en principe une valeur exterritoriale. Les Romains eux-mêmes, si rigoureux envers les étrangers, considéraient la plus grande partie des contrats comme étant *juris gentium. Ex hoc jure gentium commercium, emptiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes institutæ, exceptis quibusdam, quæ a jure civili introductæ sunt.* Toutefois, ils déclaraient nuls les pactes contraires aux lois et aux institutions publiques. *Pacta quæ contra leges constitutionesque, vel contra bonos mores fiunt nullam vim habere indubitati juris est.*[1]

[1] L. 6, Cod. *De pactis* (11, 3). De même, les tribunaux français ont décidé que l'assurance d'un nolis non gagné, bien que valable dans le pays où elle a été faite, ne pouvait être valable en France, parce qu'elle étaient

168. — On déduit de ce principe que l'on doit considérer comme inefficaces, non seulement les contrats relatifs à une cohabitation illicite future, à la prostitution, à des publications obscènes et ceux qui emportent une turpitude morale, mais encore ceux qui sont en contradiction avec le droit public de l'État. Si un Italien s'était obligé dans un lieu où la traite ne serait pas abolie, à transporter des esclaves en Amérique, et avait reçu un acompte sur le prix de transport, il ne pourrait pas être contraint devant nos tribunaux à l'accomplissement du contrat, parce que la traite des nègres est proscrite par les lois italiennes et punie de pénalités très sévères.[1] De même, serait sans effet une convention relative au transport de contrebande en temps de guerre, alors que notre pays aurait déclaré la neutralité.

169. — Il en serait de même des contrats contraires aux règlements et aux lois prohibitives de notre État. Ainsi, par exemple, un contrat pour la vente des billets d'une loterie étrangère non autorisée ne pourrait pas être judiciairement efficace. L'on doit décider de même relativement à la vente du sel, du tabac, des spiritueux, des liqueurs et autres marchandises analogues dans un État, où une patente est nécessaire pour faire le commerce de ces choses. Un contrat de vente d'objets, qui ne peuvent pas être vendus dans un pays, ne peut pas y être sanctionné par les tribunaux, bien qu'il ait été conclu dans un autre État où la prohibition n'existe pas.

170. — Nous devons dire que, lorsque le contrat n'aurait pas été seulement conclu dans un pays où la vente n'é-

opposition avec la loi française. Rennes, 7 déc. 1859 (Dacosta), *Journ. de Marseille*, 38, 2, 61. Rennes, 4 déc. 1862, *id.*, 1863, 2, 189. Pour le même motif, on n'a pas admis en France l'action judiciaire pour un mandat donné à cette fin, bien que le mandataire dût l'exécuter dans un pays où l'assurance du nolis non gagné était permise. Bordeaux, 15 février 1859 (Domilatre), *Journal de Marseille*, 37, 2, 73.

[1] Code italien de la marine marchande, 2e part., tit. 2, Ch. V.

tait pas interdite, mais y aurait en outre été exécuté, et que le vendeur voudrait ensuite agir contre celui qui aurait exécuté la contrebande, pour le contraindre à payer le prix de la marchandise livrée, l'action judiciaire devrait être admise, parce que l'objet de l'action étant d'obtenir le paiement de la marchandise vendue et livrée, on ne pourrait pas considérer comme contraire au droit public et à l'ordre public de connaître judiciairement d'une telle affaire et de condamner le débiteur au paiement.

Cette règle pourrait également s'appliquer dans le cas où le même contrat de vente, de tabac par exemple, aurait été conclu dans un pays où le commerce n'en serait pas licite. La raison en serait, que l'action judiciaire tendrait à empêcher quelqu'un de s'enrichir injustement, et que loin d'être contraire, il serait conforme aux principes d'ordre public de condamner le débiteur à payer le prix de la marchandise. *Si clam*, dit Huber, *fuerunt venditæ merces in loco ubi prohibitæ sunt, emptio venditio non valebit ab initio nec parit actionem, quocumque loco instituatur, utique at traditionem agendam : sed si traditione facta pretium solvere nollet emptor, non tam contractu quam re obligaretur, quatenus, cum alterius damno locupletior fieri vellet.* [1] On doit décider de même, lorsque la marchandise a été achetée dans un lieu où il n'existe aucune prohibition, et lorsque l'action en paiement est exercée dans le lieu où la marchandise aurait été transportée nonobstant la prohibition. Même dans ce cas, le paiement serait un effet immédiat du contrat de vente parfait, consommé et originairement valable. [2]

171. — En France, où les loteries étrangères sont prohibées, [3] on s'est demandé si l'on pouvait assigner un français en paiement d'un billet de l'une de ces loteries. La Cour de Paris a prononcé la nullité d'une telle obligation, [4] et

[1] Huber, *De conflictu legum*, L. I, tit. III, § 5.
[2] Story, *Conflict of Laws*, § 251-252.
[3] Arrêt du Conseil, 20 septembre 1776 ; loi du 21 mai 1836.
[4] Paris 25 juin 1829 (Sirey 1829, II, 341) ; Fœlix, no 90.

Massé est d'avis que, même lorsque l'obligation a été contractée dans un pays où la convention n'est pas prohibée, le français ne pourrait pas être assigné en paiement en France.[1] Le tribunal de New-York rendit une décision contraire dans une action en paiement d'un billet de loterie acheté dans le Kentucky, où la vente en était permise. En effet, sans distinguer si l'obligation devait être exécutée à New-York, où la vente était interdite, ou dans le Kentucky, il a admis l'action et a condamné l'acheteur.[2] Cette solution nous semble préférable.

172. — Pour nous résumer, nous dirons que c'est alors seulement que le fait auquel le créancier veut contraindre le débiteur est contraire aux principes d'ordre public en vigueur au lieu où s'exerce l'action, que l'on ne peut pas demander la sanction judiciaire du contrat conclu à l'étranger. De telle sorte, que lorsque l'obligation dérive d'un fait juridique qui a pris naissance à l'étranger, et qui est par lui-même contraire à une loi d'ordre public en vigueur dans le pays où l'action est ensuite exercée, cette action doit néanmoins être admise, quand elle tend à contraindre le débiteur à la prestation qui dérive du fait juridique, mais qui n'est pas par elle-même contraire à une loi d'ordre public. Ainsi, par exemple, si un Italien s'était obligé à transporter des esclaves dans un pays où la traite des nègres ne serait pas prohibée, ce contrat, étant originairement nul, ne pourrait donner lieu à aucune action judiciaire contre l'Italien devant nos tribunaux. Cependant, s'il avait reçu un acompte sur le prix, et si le créancier agissait judiciairement contre lui en Italie, pour le faire condamner à restituer la somme avancée, nos tribunaux devraient connaître de l'affaire et condamner le débiteur en restitution de l'indu.

Pour la même raison, certains effets qui dérivent d'un contrat valable d'après la loi étrangère, mais qui sont absolu-

[1] Massé, *Droit Commercial*, n° 570.
[2] Story, *Conflict of Law*, § 258 a.

ment défendus aux termes de notre loi, doivent être déclarés judiciairement inefficaces en raison de l'atteinte qui serait portée aux lois d'ordre public, si l'efficacité en était reconnue par les tribunaux. C'est notamment ce que l'on devrait dire du pacte commissoire ajouté au contrat de gage ou d'antichrèse.

173. — Une question très délicate, à ce propos, est celle de savoir si un contrat, qui a pour objet immédiat l'exercice de la contrebande à l'étranger et la violation, d'une façon quelconque, des lois de douane ou des droits du fisc étranger, peut ou non être judiciairement efficace, et si l'on doit, au contraire, considérer comme attentatoire à l'ordre public toute action judiciaire relative à un tel contrat.

Les auteurs sont divisés sur cette question. Pfeiffer, Delangle et d'autres soutiennent qu'aucun État ne devrait sanctionner de tels contrats faits pour violer les lois d'un autre État. C'est aussi l'opinion de Pothier, qui soutient que c'est faillir à la bonne foi et aux devoirs réciproques, que de reconnaître les contrats faits pour frauder les lois douanières d'un autre État. Au contraire, Valin, Emerigon, Pardessus, Zacchariæ, Massé et d'autres auteurs [1] sont d'avis qu'aucun État n'est obligé de faire respecter les lois fiscales d'un autre État, et que les tribunaux ne doivent pas déclarer sans effet les contrats faits pour accomplir la contrebande à l'étranger.

« La contrebande, dit Pardessus, n'est un délit que de la « part des sujets, en ce qu'elle porte atteinte aux droits du « fisc. Les gouvernements vivent, à cet égard, dans une es« pèce d'hostilité permanente ; et, sans favoriser ouverte« ment des entreprises qui ont la contrebande étrangère pour « objet, ils ne les proscrivent pas. Les intérêts commerciaux « seraient gravement compromis. »

De même, Massé considère la contrebande comme un vice

[1] Valin, *Comment. de l'ordonnance de* 1681, art. 49, tit. *Des Assur.*; Emérigon, *Traité des assurances*, Ch. VIII, § 5 ; Pardessus, *Dr. commercial*, n° 1492; Zacchariæ, *Dr. civil*; Story, § 245; Kames, *On equity principles*, 3, Ch. VIII, § 1.

commun à toutes les nations, une guerre réciproque et un moyen commercial qui est permis aux unes, parce que les autres le permettent. « En violant les lois étrangères, dit-il, « les nationaux qui s'exposent à la vindicte des lois étran- « gères, quand celles-ci parviennent à les saisir, s'ils réus- « sissent à rester hors de leur atteinte, n'ont aucun compte « à rendre aux lois de leur pays qu'ils n'ont pas violées. » A l'appui de sa doctrine, Massé cite deux arrêts, un relatif à une association pour faire la contrebande,[1] l'autre à une assurance d'un navire et de la cargaison contre les risques du commerce illégal.[2]

Kent critique les décisions des tribunaux qui sanctionnent les contrats conclus en Angleterre pour faire la contrebande à l'étranger. « Il est certainement surprenant et « regrettable, dit-il, que dans des pays civilisés comme la « France, l'Angleterre, les États-Unis, qui se distinguent « par une administration de la justice exacte et irrépréhen- « sible, le commerce de contrebande fait dans le dessein « d'éluder les lois et de tromper les agents d'un gouver- « nement étranger soit favorisé et encouragé par les tribu- « naux. *The principle does no credit tho the commercial ju- « risprudence of the age.* »[3]

174. — D'après nous, les contrats passés pour faire fraude aux finances d'un État et pour violer ses lois doivent être considérés comme illicites et comme contraires à l'ordre public, principalement à l'égard de l'État dont on veut violer les lois. En ce qui concerne les autres États, on doit considérer comme contraire à la bonne foi et aux principes de la justice naturelle de déclarer judiciairement valables de tels contrats, et d'admettre des actions pour contraindre la partie qui ne veut pas les accomplir à les respecter.

[1] Cass. française, 25 août 1835 (*Dev.*, 1835, 1, 673).
[2] Cass. française, 25 mars 1855.
[3] Le principe ne fait pas honneur à la jurisprudence commerciale de notre époque. Kent, *Comment.*, lect. 48.

Le devoir, qui incombe à toute personne qui veut exercer le commerce dans un pays, est de respecter les lois qui y sont en vigueur, et la ferme volonté de les respecter est un devoir juridique, qui doit être comme tel reconnu dans tous les pays. En conséquence, si la violation des lois étrangères ne peut pas être matière licite du contrat, le fait de contraindre tout un chacun à exécuter l'engagement pris de les violer doit être considéré comme contraire à l'ordre public, étant donné qu'il serait contraire à l'ordre public de déclarer valable une obligation fondée sur une cause illicite.

Les adversaires soutiennent que la contrebande est un délit seulement par rapport aux intérêts de l'État, qui l'a déclarée telle par des raisons fiscales, mais qu'il doit être réputé un fait indifférent en ce qui concerne tous les autres États, de sorte que le juge ne peut pas déclarer nulle l'obligation dérivant d'un fait juridique, qui est un fait indifférent aux termes de la loi de son propre pays.

Disons tout d'abord que nous trouvons plus exacte l'opinion de Beccaria, d'après laquelle la contrebande doit être considérée comme un vol au préjudice du prince, ou pour mieux dire de l'État.[1] Nous ne voulons pas dire que la contrebande ne soit pas un fait indifférent relativement à tous les gouvernements étrangers, mais nous ne pouvons pas dire que l'on puisse considérer également comme un fait indifférent la violation directe d'une loi étrangère. Le magistrat, qui forcerait la partie obligée à accomplir le contrat, la contraindrait à violer la loi étrangère, chose qui serait évidemment contraire aux principes d'ordre public et aux institutions sociales.

175.—Nous devons aussi, relativement à la contrebande, répéter la réserve faite précédemment, que si elle a déjà été accomplie, et si les parties ont demandé aux tribunaux de régler leurs intérêts, comme par exemple de répartir entre

[1] Beccaria, *Dei delitti et delle pene*, § 31.

eux les bénéfices résultant du commerce de contrebande, ou de les obliger au paiement de la prime d'assurance du navire assuré contre le risque de commerce illégal, etc., on devrait appliquer la règle posée par Huber, qu'il n'est pas contraire à l'ordre public de connaître des conséquences du fait accompli, parce que le débiteur, *non tam contractu, quam re obligatur*, *quatenus cum alterius damno locupletior fieri vellet.*[1]

Il a été décidé, conformément à cette règle, par le tribunal de Marseille, que la convention entre un étranger et un Français, dans le but d'expédier en fraude à la douane française des marchandises qui avaient été vendues en France, n'était pas illicite à l'égard de l'étranger, de façon à lui interdire toute action en justice relativement aux contestations ayant trait à cette convention. Si, dans ces circonstances, le commissionnaire français, par crainte de perquisitions de la part de la douane, avait déposé les objets de contrebande entre les mains d'un tiers, qui les aurait ensuite détournés, il serait tenu, comme s'il avait consigné les marchandises pour son propre compte, à en payer la valeur à son correspondant.[2]

§ VII

De l'interprétation des actes et des contrats.

176. Détermination de l'objet de l'interprétation dans les rapports internationaux. — 177. Règle générale. — 178. Il est important de déterminer l'intention des parties. — 179. Comment l'intention peut-elle être douteuse. — 180. Comment doit-on déterminer la mesure, si elle est d'une importance variable suivant les lois des différents pays. — 181. De l'interprétation d'un contrat conclu par correspondance. — 182. Interprétation de la valeur de la monnaie indiquée. — 183. Clauses des testaments.

176. — Maintenant, nous allons exposer les règles pro-

[1] *Loc. cit.*
[2] Marseille, 17 janvier 1856 (F... c. L...), *Journal de Marseille*, 34, 1, 43.

pres à dissiper les obscurités et les ambiguïtés qui peuvent résulter des expressions employées dans un contrat ou un acte passé dans un pays et exécutoire dans un autre.

Quand le doute résulte de ce que les expressions employées n'ont pas par elles-mêmes un sens certain et déterminé, ou quand par suite de la construction et du contexte de la phrase, elles sont obscures et équivoques, il faut tenir compte des règles générales d'interprétation des contrats, et ce n'est pas ici le lieu de nous occuper de cette matière. On trouve beaucoup de ces règles formulées dans le droit romain. Il y est dit que la convention doit s'interpréter contre celui qui stipule, s'il s'agit d'une stipulation,[1] contre le vendeur ou le propriétaire s'il s'agit d'une vente ou d'une location,[2] et cela par suite de la considération générale que la partie la plus intéressée à prévenir tout doute par une rédaction claire et précise du pacte, doit imputer à sa négligence ou à sa mauvaise foi de n'avoir pas mis tous ses soins à le prévenir.[3] Toutefois, le développement de ces règles et toutes autres analogues nous entraînerait hors de notre sujet. Nous devons, au contraire, nous occuper des cas dans lesquels les expressions employées, bien que claires par elles-mêmes, peuvent cependant avoir un sens différent dans les deux pays, c'est-à-dire dans celui du débiteur et du créancier, dans celui du lieu du contrat et dans celui du lieu de l'exécution. Comme, dans les contrats conclus entre étrangers, les droits et les obligations réciproques du créancier et du débiteur dérivent (dans le cercle où peut se mouvoir leur autonomie) de leur intention de s'obliger, il faut déterminer cette intention, en la déduisant de la valeur juridique des expressions suivant la loi. Or, à supposer que cette valeur juridique soit différente aux termes des diverses législations,

[1] L. 27, *De reb. dub.* (XXXIV, 5); L. 38, § 18; L. 99, pr., *De verb. obligat.* (XLV, 1).

[2] L. 39, *De pactis* (II, 14); L. 21, 33, *De cont. emp.* (XVIII, 1); L. 172 pr., *De regul. jur.* (L. XVII).

[3] Savigny, *Traité du droit romain*, T. VIII, § 374.

auxquelles les parties ont pu se référer, il devient nécessaire de fixer leur intention, même lorsque les expressions sont claires et certaines.

Wachter rapporte l'exemple suivant. Une compagnie d'assurances de Leipzig avait imprimé dans ses statuts une exception relative au cas où le sinistre résulterait d'une émeute. Un incendie ayant été allumé par des émeutiers, la question se posa de savoir (la loi saxonne étant différente de celle du lieu du sinistre) si on se trouvait dans le cas prévu d'émeute, et si on devait résoudre cette question conformément à l'une ou l'autre loi.

177. — Dans ces cas et dans tous autres analogues, il ne suffit pas d'appliquer la règle : *in contractus tacite veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis*,[1] qui est relative aux clauses obscures et ambiguës. On doit plutôt tenir compte de l'autre règle : *in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari oportet*,[2] parce qu'en fait la question se réduit à déterminer la valeur juridique d'une expression par elle-même claire et certaine.

178. — Puisque dans les contrats tout dépend de la volonté des parties, leur intention dans les cas douteux doit être déterminée, en tenant compte de la nature de l'obligation, de la situation de l'objet, de l'exécution et des circonstances. On doit dès lors induire de toutes ces circonstances si les parties ont voulu s'approprier le langage du lieu où a été passée la convention, ou celui du lieu de l'exécution, ou celui du domicile du débiteur. La règle du droit romain : *Quæ sunt moris et consuetudinis in bonæ fidei judiciis debent venire*,[3] peut généralement être appliquée, quand on

[1] Pothier, *Obligat.*, n. 95 ; Merlin, *Répert.*, v. *Convent.*, § 7, L. 54 ; — *Dig.*, *De regul. jur.* (L. 17).

[2] L. 219, *Dig.*, *De verb. signific.* (L. 16).

[3] L. 31, § 20, *Dig.*, *De ædelitio edict.* (XXI, I).

peut induire des circonstances que les parties ont voulu s'approprier le langage du lieu où est conclu le contrat.[1]

179. — Il existe toutefois des cas dans lesquels on peut, à bon droit, douter de l'intention des parties, et où dès lors la règle ne trouve pas d'application.

Supposons, par exemple, qu'on ait vendu un fonds situé dans un pays étranger, et que le prix soit spécifié par ares ou par acres. Si l'étendue de terrain correspondant à la mesure indiquée est différente dans le lieu de la stipulation et dans celui de la situation de la chose, on peut se demander si, pour éclaircir le sens de cette expression claire par elle-même, on doit l'appliquer à l'une ou l'autre loi. Les opinions des juristes et les décisions des tribunaux sont différentes. Certains auteurs pensent que l'on doit préférer la *lex loci contractus,* d'autres la *lex rei sitæ.*[1] La seconde opinion compte un plus grand nombre d'autorités. *Si res immobiles*, dit Voët, *ad certam mensuram debeantur, et ea pro locorum diversitate varia sit, in dubio solvi debent juxta mensuram loci in quo sitæ sunt.*[2] Dumoulin, de son côté, s'exprime ainsi : *Stantibus mensuris diversis, si fundus venditur ad mensuram, vel affirmatur, vel mensuratur, non continuo debet inspici mensura quæ viget in loco contractus, sed in dubio debet attendi mensura loci in quo fundus debet metiri et tradi et executio fieri.*[3]

Il nous semble que la mesure considérée comme étendue

[1] *Consuetudinem regionis sequimur*, dit Godfroy, *et ideo conducere, concedere, contrahere et quidvis agere pro more regionis in dubio præsumitur. Nam sicut natura non separatur a subjecto, ita nec a consueto. Quod est de consuetudine habetur pro pacto (Ad Pand.*, L. 34, *De regul. jur.*, L. 17).

[2] De Boullenois, *Observ.*, 46 ; Burge, *Comment. on colon. and foreing law*, part. 2e, Ch. IX.

[3] Voët, *De statut.*, lib. XLVI, tit. 3, n. 8 ; — Choppini, *Opera de feudis*, tit. 2, L. 2, tit. 3, no 10 ; Burge, *Comment.*, 2e part., Ch. IX.

[4] Molineus, *Comment. ad Codic.*, lib. I, tit. I, l. 1 ; T. III, *Conc. de statut.*

fait partie de l'objet du contrat, parce qu'elle indique véritablement *quantum in obligatione est*. Au mode d'exécution, appartient seulement le fait de mesurer et la façon de mesurer.

Nous admettons néanmoins qu'en principe on doit admettre que l'intention des parties contractantes a été de s'en référer à la loi du lieu où la chose se trouvait, lorsqu'elle a fait l'objet du contrat, parce qu'ils n'en pouvaient pas séparer l'étendue, ni apprécier celle-ci qu'en conformité de la loi du lieu de la situation de la chose. Nous admettons, par conséquent, la doctrine de Voët et de Dumoulin, parce qu'elle nous semble la plus raisonnable dans les cas ordinaires, d'autant plus que cette doctrine, admise par de Boullenois, trouve un appui solide dans l'autorité de Savigny. [1] Elle a, du reste, été aussi admise par Wharton. [2]

Nous avons dit, néanmoins, dans les cas ordinaires, parce qu'il peut y avoir des hypothèses dans lesquelles, à raison des circonstances, on doit présumer toute autre chose.

180. — A supposer, par exemple, que le contrat de vente soit stipulé au domicile des parties, l'on devra alors présumer avec plus de raison qu'elles ont employé le langage qui leur est le plus familier, et qu'elles ont voulu parler de la mesure en usage dans leur pays, et non de celle employée dans le lieu où la chose était située. Même lorsqu'une seule des parties serait domiciliée au lieu du contrat, on devrait présumer qu'elle aurait voulu se servir du langage qui lui est le plus familier, et s'il résultait des circonstances que l'étranger aurait connu le langage du lieu, et s'il se l'était approprié, il ne serait pas juste de déterminer la mesure d'après la *lex rei sitæ*, mais l'on devrait plutôt préférer la *lex loci contractus*, pour déterminer l'étendue correspondante à la mesure indiquée.

[1] Savigny, *Op. cit.*, T. VIII, § 374.
[2] Wharton, *Conflict of Laws*, § 437.

Pour les choses mobilières, on peut considérer comme bien fondée l'opinion de ceux qui admettent que la mesure doit être déterminée d'après la loi du lieu de la livraison.

Le mesurage est, en effet, un acte distinct de la vente, et comme on doit le considérer comme un mode d'exécution, et qu'on ne peut pas le séparer du rapport qu'il a avec la livraison, on doit admettre la juste présomption, que les parties s'en sont référées à la loi du pays où les marchandises devaient être livrées.

181. — Quand le contrat a été conclu par correspondance, on doit prendre en considération la loi et la coutume du lieu où demeure celui qui a écrit la première lettre, parce que l'on présume qu'en écrivant il a voulu employer le langage, qui lui était le plus familier. Dès lors, si un marchand espagnol offrait à un américain un lot de marchandises pour une valeur de tant de piastres, on devrait considérer qu'il a voulu parler de la piastre ayant cours en Espagne et non de celle ayant cours en Amérique.

182. — Relativement à la monnaie, qui doit servir à payer le prix convenu, il peut se présenter une difficulté, lorsque la valeur réelle est distincte dans le lieu de la stipulation et dans celui où le paiement est exigé. Toullier[1], suppose le cas d'un Allemand qui vend à un Hollandais un fonds de terre pour 2,000 florins, sans dire s'il entend parler du florin ayant cours en Allemagne, ou de celui ayant cours en Hollande, qui a une valeur différente, et il soutient que l'on doit entendre la valeur du florin ayant cours au lieu du contrat. Telle est aussi l'opinion de Story et de Burge, [2] et nous l'admettons également, à la condition toutefois que dans le contrat on ne désigne pas le lieu du paiement. Si un fonds de terre situé à la Jamaïque est vendu en Angleterre pour

[1] Toullier, T. VI, nº 319.

[2] Story, *Conflict of Law*, § 271 ; Burge, *Comment.*, 2ᵉ partie, Ch. IX.

20,000 livres, sans spécifier la valeur courante, la livre sterling anglaise et la livre ayant cours à la Jamaïque, diffèrant de 1/8, le vendeur peut prétendre que l'acheteur lui paie 20,000 livres sterlings, qui correspondent à 28,000 livres de la Jamaïque. La raison en est, qu'on doit présumer que le prix doit être payé en valeur courante au lieu du contrat, et non en celui où est située la chose, [1] à moins que l'on ne puisse induire des circonstances une intention contraire. Mais, si on a désigné dans le contrat le lieu du paiement, il devra s'effectuer en valeurs courantes, dans ce lieu parce que l'on doit présumer que telle a été l'intention des parties. *Estimatio rei debitæ*, dit Everhard, *consideratur secundum locum ubi destinata est solutio, non obstante quod contractus alibi sit celebratus.* [2]

183. — Les clauses des testaments, qui peuvent avoir un sens différent dans le lieu où l'acte a été fait et dans celui où la chose existe doivent être interprétées d'après la loi du testateur, parce que l'on présume qu'il s'en est référé à la loi et à la coutume de sa patrie. *Quando verba sunt ambigua tunc inspicimus quid testator senserit.* [3]

Nous ne donnerons pas d'autres règles d'interprétation, parce qu'en vérité on ne peut pas établir de principes généraux, mais rechercher dans chaque espèce l'intention vraisemblable des parties. Quelques auteurs, et notamment Story, ont donné aux questions d'interprétation tellement d'étendue, qu'elles comprennent de très nombreuses controverses sur le droit des obligations. Il est vrai que tout peut se réduire à une question d'interprétation, ce qui néanmoins n'exclut pas la méthode et la distribution scientifique, de la matière.

[1] Compar. Pardessus, *Droit commercial*, n° 1492.
[2] Everhard, *Consili.*, 78, n° 9 ; Burgundius, *Tract.*, 4, n° 29.
[3] Sande, *Comment. de regul. jur.*, 1, 9.

§ VIII

De la preuve des obligations.

184. Objet de la discussion. — 185. La preuve fait partie intégrante de la convention. — 186. L'admissibilité de la preuve doit dépendre de la *lex loci contractus*. — 187. Réfutation de l'opinion des auteurs qui voudraient appliquer la *lex fori*. — 188. Admissibilité de la preuve testimoniale. — 189. De la nécessité de l'écriture pour l'acquisition des droits sur les immeubles. — 190. Cette nécessité ne déroge pas aux principes. — 191. Des règles différentes sont applicables aux contractants qui appartiennent à la même patrie.

184. — La preuve des obligations contractées en pays étranger est soumise aux principes généraux relatifs à la matière, en ce qui concerne l'obligation d'établir les faits allégués en justice.

Les preuves ont en outre une affinité avec le droit relatif à la procédure, en tant qu'elles ont trait à l'instruction du procès et à la marche de l'instance. A ce point de vue, elles doivent être régies par la *lex fori*, qui doit régler toutes les formes de la procédure, *ordinatoria litis*. Nous ne devons pas nous en occuper ici à ce point de vue. Nous devons, au contraire, les considérer en tant qu'elles ont pour objet d'établir le droit contesté et le fondement de la décision, *decisoria litis*.

185. — Le juge doit statuer conformément au droit établi par la preuve qui a été administrée. Or, comme la preuve, à ce point de vue, est un élément intégrant de l'obligation, en ce sens que la valeur juridique de celle-ci dépend de la preuve, qui tend à établir judiciairement la vérité de l'obligation et à donner au juge le motif de décider sur le fond ou sur le droit de la contestation, elle doit être régie par la loi même, qui doit régir le contrat ou le fait juridique, dont l'obligation dérive.

Il faut en effet considérer que, lorsque les parties contractent volontairement une obligation sous la protection de la loi, soit par une convention, soit par un fait juridique dont par suite d'une disposition légale dérive une obligation, elles acquièrent tous les droits qui leur sont attribués par la loi en vigueur dans le lieu où est née l'obligation. Tous les droits acquis par les parties sous la protection de la loi doivent être reconnus et garantis partout, sauf le cas des restrictions fondées sur l'atteinte au droit public territorial et à l'ordre public, restrictions que nous avons indiquées précédemment. Or, il est clair que l'on doit aussi considérer comme un droit acquis par la partie, d'établir l'existence juridique de l'obligation à l'aide des moyens de preuve reconnus par la loi du lieu où cette obligation est née.

186. — Le magistrat appelé à statuer sur le droit contesté doit fonder sa décision sur la preuve donnée, et s'il voulait exclure tel ou tel moyen de preuve, en se conformant à la loi de son pays, il méconnaîtrait les droits légitimement acquis par les parties. Celles-ci, en réalité, en contractant, ne pouvaient pas, pour établir l'existence juridique de leurs obligations réciproques, se référer à une autre loi qu'à celle en vigueur au lieu où elles se sont obligées. Elles devaient se conformer à cette même loi, pour savoir si, pour constater juridiquement leur convention, un acte écrit était ou non requis : s'il suffisait d'un sous-seing privé, ou si un acte authentique était indispensable : ou bien, si au contraire, la preuve testimoniale était admise, et si elles pouvaient, pour résoudre toute contestation, déférer le serment litisdécisoire. En leur refusant le droit d'établir l'existence de l'obligation conformément à la loi, à laquelle elles se seraient soumises en contractant, on arriverait évidemment à réduire à néant les droits par elles légitimement acquis.

Nous concluons donc, que les moyens de preuve des obligations doivent être déterminés d'après les lois, auxquelles doit être soumis le fait juridique dont dérive l'obligation.

187. — On objecte contre cette opinion que, la preuve ayant pour but de convaincre le juge, il ne peut baser sa conviction que sur les éléments reconnus efficaces dans ce but par la loi de son pays, qu'il doit dès lors se borner à prendre en considération les preuves admises par la *lex fori*, et que si celle-ci ne protège par une action la prétendue convention, que lorsque la preuve en est faite d'une façon déterminée, il ne peut tirer sa conviction d'éléments différents de ceux reconnus par cette loi. [1]

Cette théorie n'est certainement pas bien fondée en droit. Il suffit de considérer qu'elle tend à ériger en principe, que les parties qui contractent et qui doivent savoir avec certitude quels sont les moyens légaux pour constater l'existence des faits juridiques qu'elles ont intérêt à établir, doivent s'en référer à la loi du lieu, où par aventure il pourrait arriver qu'elles fussent en conflit relativement à leurs droits. En effet, le lieu du jugement en matière d'obligations personnelles ne peut pas être toujours considéré comme fixé d'une façon absolument certaine au moment du contrat.

Le magistrat étranger, auquel les parties demandent la sanction judiciaire de leur convention, doit certainement refuser à cet acte la protection de la loi, quand il porte atteinte à la loi territoriale. Toutefois, comme cette loi ne doit pas régler la validité et la substance de l'obligation née sous l'empire d'une loi diverse, elle ne doit pas non plus régler l'existence juridique de cette obligation. Nous en concluons, que le juge ne peut pas décider au fond d'après les lois de son propre pays pour l'admission ou le rejet des moyens de preuves, mais qu'au contraire il doit reconnaître que les parties, en s'obligeant, ont entendu établir l'existence de leur obligation à l'aide de tous les modes de preuve reconnus et autorisés par la loi sous l'empire de laquelle elles se sont obligées.

Il résulte de l'application de ces principes que, pour déci-

[1] Mittermayer, *Archiv. de la jurisprudence civ.*, T. XIII, p. 315 et suiv.

der si, par exemple, les livres de commerce tenus d'une manière certaine peuvent ou non faire foi en justice : si la preuve littérale est exigée : si cette dernière doit être considérée dans tous les cas comme supérieure à toute autre preuve : et en général, pour décider sur tout ce qui a trait à l'admissibilité et à la pertinence des preuves propres à établir l'existence des faits juridiques et les modifications dont ils peuvent avoir été l'objet, tout doit dépendre de la loi du lieu où ces faits se sont produits.

188. — Une grave difficulté à ce sujet peut se présenter en ce qui concerne la recevabilité et la pertinence de la preuve testimoniale outre ou contre le contenu de l'acte écrit. Les lois positives sont différentes, les unes considérant la preuve écrite comme supérieure à toute autre et excluant d'une façon absolue la preuve testimoniale, les autres admettant le principe contraire, surtout en matière commerciale. Or, il ne nous semble pas que les règles que nous avons posées relativement à l'admissibilité des preuves puissent également s'appliquer à la pertinence de celles-ci.

En effet, l'admissibilité de la preuve testimoniale est connexe à la formation et à l'existence légale du lien juridique, tandis que la pertinence de cette même preuve, quand elle est contraire au contenu d'un acte écrit, concerne l'instance judiciaire et la valeur de la preuve, et non seulement l'intérêt des parties, mais les droits des tiers, qui pourraient être frustrés si, ayant cru à la sincérité de l'acte écrit, ils étaient ensuite surpris par les preuves contraires administrées au moyen des témoins.

Donc, nous pensons que, la pertinence de la preuve intéressant les lois d'ordre public toutes les fois que des tiers sont en cause, il n'est pas admissible qu'on puisse imposer au juge l'obligation de se conformer à la loi étrangère, même pour ce qui concerne la valeur et la pertinence des preuves.

189. — Nous devons faire aussi une autre réserve à

l'égard des principes exposés relativement à l'acquisition efficace des droits sur les immeubles, pour lesquels il peut, en certains cas, être indispensable de se conformer à la *lex rei sitæ*. C'est ce que, par exemple, on doit dire des actes ou des contrats qui, aux termes de l'art. 1314 du Code civil italien, doivent être faits par acte authentique ou sous-seing privé à peine de nullité.[1] Même lorsque ces actes seraient passés en pays étranger, on ne pourrait pas en constater l'existence légale, en l'absence d'acte écrit.

190. — On peut dire qu'à la rigueur cela ne modifie pas réellement les principes, parce qu'autre chose sont les moyens de preuve proprement dits, et dont nous avons parlé précédemment, qui sont requis pour constater l'existence d'un engagement juridique, et autre chose sont les éléments substantiels de cet engagement lui-même. L'acte écrit est requis par notre loi, non pas tant pour servir de preuve à l'opération juridique, que pour en assurer l'existence, en ce sens que, par exemple, il ne peut y avoir un transfert valable de la propriété d'un immeuble situé en Italie, si le consentement n'est pas constaté par un acte écrit. Comme, du reste, cette dispo-

[1] L'art. 1314 du Code italien est ainsi conçu :
« On doit faire par acte public ou par acte sous-seing privé, sous peine « de nullité,
« 1° Les conventions qui transfèrent la propriété d'immeubles ou d'au« tres biens ou droits susceptibles d'hypothèque, sauf les dispositions re« latives aux rentes sur l'Etat ;
« 2° Les conventions qui constituent ou modifient des servitudes prédia« les, ou des droits d'usage ou d'habitation, ou qui transfèrent l'exercice « du droit d'usufruit ;
« 3° Les actes de renonciation aux droits énoncés dans les deux numé« ros précédents ;
« 4° Les contrats de location d'immeubles pour un temps excédant les « neuf années ;
« 5° Les contrats de société, qui ont pour objet la jouissance de biens « immobiliers, quand la durée de la société est indéterminée et excède « neuf années ;
« 6° Les actes qui constituent des rentes, soit perpétuelles, soit sur la vie ;
« 7° Les transactions ;
« 8° Les autres actes spécialement indiqués par la loi. »

sition est une de celles qui ont pour objet la protection du droit social, on ne pourrait jamais se référer à une loi étrangère différente de la loi italienne, comme dans le cas où il s'agirait de faire la preuve d'un engagement juridique légitimement né sous l'empire de cette loi étrangère.

191. — Nous devons finalement faire une dernière observation en ce qui concerne les moyens preuve. Quand les parties sont étrangères et appartiennent au même État, et quand il résulte des circonstances qu'en contractant à l'étranger elles se sont référées à leur loi nationale, on doit appliquer cette loi relativement à l'admissibilité de la preuve. En effet, l'acte ou le fait juridique ayant pris naissance sous l'empire de cette loi, il serait nécessaire d'en induire l'admissibilité d'une preuve donnée, comme on devrait s'en référer à cette loi pour décider sur la substance de l'obligation.

Ce que nous avons dit concerne l'acte juridique considéré en lui-même et l'efficacité juridique des preuves : nous dirons plus loin quelle est la loi qui doit régir l'acte extrinsèque rédigé pour attester l'obligation juridique.

§ IX

De l'extinction de l'obligation.

192. De quelle façon peut-on éteindre l'obligation. — 193. Loi qui doit régir le paiement. — 194. Paiement d'une somme d'argent. — 195. Paiement en papier-monnaie. — 196. Du paiement avec subrogation et de la loi qui le régit. — 197. Conditions de l'efficacité juridique de ce paiement. — 198. De la subrogation légale — 199. De la renonciation volontaire à une créance. — 200. De la remise forcée. — 201 Opinion de Massé sur l'efficacité d'un concordat entre le failli et ses créanciers. — 202. Nos observations. — 203. De la cession de biens judiciaire. — 204. Efficacité de cette institution à l'étranger. — 205. De la novation. — 206. De la loi d'après laquelle on doit décider si la novation a été opérée et des effets de celle-ci. — 207. Il faut se montrer prudent dans le règlement des opérations commerciales, pour ne pas donner lieu à la novation. — 208. Extinction de l'obligation par suite de l'impossibilité physique ou morale de la prestation. — 209. Extinction *ope exceptionis*, renvoi.

192. — Le fait juridique, qui a pour effet d'éteindre directement et complètement l'obligation est la prestation exacte de la chose due. *Solutio est præstatio ejus quod in obigatione est.* L'extinction peut dépendre aussi d'un fait quelconque, qui libère le débiteur, soit en annihilant *ipso jure* le droit du créancier, soit en faisant naître un droit contraire de la part du débiteur *ope exceptionis.* En droit romain, le mot *solutio* est employé également dans cette acception : *Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoque modo factam.*

Le paiement, la renonciation volontaire à la créance, la novation, le dissentiment mutuel, la confusion doivent être mises au nombre des opérations qui font disparaître aussi bien l'élément civil que l'élément naturel de l'obligation à l'égard de toute personne qui peut y être intéressée. La remise forcée de la dette, la compensation, la nullité ou la rescision prononcée par le magistrat et la prescription font toujours disparaître l'élément civil de l'obligation, mais non pas toujours l'élément naturel. Nous parlerons seulement des modes d'extinction, qui peuvent faire naître des conflits de législation.

193. — En général, la *solutio*, considérée comme mode d'extinction de l'obligation, est réglée par la loi du lieu de l'exécution. Dès lors, toutes les questions concernant le lieu du paiement, la qualité des choses qui peuvent être données en paiement, les personnes qui peuvent recevoir le paiement de façon à libérer le débiteur, les effets du paiement avec subrogation, les cas dans lesquels le débiteur peut être autorisé à se libérer au moyen d'un dépôt précédé d'offres réelles, la forme de ces actes doivent être réglés par la *lex loci solutionis.*

194. — Lorsque le débiteur est tenu de payer une somme d'argent, le paiement doit être effectué en monnaie d'or ou d'argent ayant cours au lieu et à l'époque du paiement, et

cela d'après la valeur nominale de cette monnaie en ce lieu et à cette date donnés. C'est là un principe qui sert à distinguer dans les échanges et dans les contrats deux faits séparés, c'est-à-dire la fixation du prix qui est laissée à la liberté des contractants, et le paiement du prix convenu, qui tombe sous l'empire de la loi du lieu où il doit être effectué. C'est la loi qui fixe le cours légal de l'argent, comme valeur légalement reconnue dans l'échange de tous les autres produits et de toutes les autres valeurs. Dès lors, si dans l'intervalle de la création de l'obligation et du temps du paiement, la valeur de l'argent avait subi des variations plus ou moins considérables, le débiteur devrait néanmoins toujours payer la somme numérique due d'après l'obligation. Cette règle, qui est fondée sur des motifs d'intérêt public, ne peut pas être violée par des conventions contraires.

Ce principe n'est pas applicable, lorsqu'on a stipulé expressément que le paiement doit être fait en une espèce et en une quantité déterminées de monnaies d'or ou d'argent, ou qu'il doit être fait en monnaie étrangère. Dans ces cas, lorsque la valeur extrinsèque des monnaies viendrait à changer, ou lorsque ces monnaies cesseraient d'avoir cours, ou qu'il ne serait plus possible de se les procurer dans le lieu où le paiement devrait être effectué, le débiteur pourrait payer en monnaie ayant cours légal, mais il serait toujours tenu de rendre l'équivalent de la valeur intrinsèque, que les monnaies avaient à l'époque où elles auraient été changées, ou l'équivalent de la valeur du change, si l'on avait stipulé le paiement en espèces étrangères. [1]

195. — Quand, dans l'intervalle du jour de l'obligation et de celui du paiement, on aurait substitué le papier-monnaie, ou déclaré obligatoire le cours des billets de banque, on pourrait se poser la question de savoir si le débiteur pour-

[1] Voir Zachariæ, § 318; Massé, *Droit commercial*, n. 610 et suiv.; Merlin, *Quest.*, V° *Paiement;* Toullier, T. VII, 54; Dalloz, *Jurisprudence générale*, V° *Obligations*.

rait être considéré comme valablement libéré, en payant avec la monnaie qui aurait cours forcé au lieu où le paiement devrait être effectué.

Pardessus est d'avis que lorsque le créancier et le débiteur sont étrangers, ou que le débiteur est citoyen et le créancier étranger, on ne doit pas tenir compte du cours légal à l'époque du paiement, mais de la valeur intrinsèque de la monnaie à l'époque de la convention. « Par exemple, dit-il, Pierre, Espagnol, promet de payer à Paul, qui est Français, 500 piastres. Paul a entendu recevoir une certaine quantité de pièces ayant *tel* poids, et contenant *telle* portion d'argent, *telle* autre d'alliage ; son calcul n'a pu se fixer que sur les pièces qui existaient lors de la convention. Il ne doit pas fidélité au gouvernement d'Espagne, et ne peut être tenu de croire, sur l'ordre de ce gouvernement, que le papier imprimé portant les mots : *Bon pour* 500 *piastres*, les vaille réellement. La présomption est que Paul veut employer son argent hors d'Espagne, où le papier-monnaie sera sans valeur. [1]

Telle est aussi l'opinion de Massé. [2] Tous deux sont toutefois d'avis que le Français ne peut pas agir contre son débiteur en Espagne, où les tribunaux ne peuvent pas le condamner à payer en monnaie autre que celle ayant cours ; mais ils soutiennent que le Français peut citer son débiteur en France et le faire condamner à payer en monnaie française une somme égale à la valeur du métal que contenaient les 500 piastres à l'époque du contrat.

Nous ne saurions admettre cette opinion, parce qu'elle est contraire au principe incontestable, que tout ce qui a trait au *modus solutionis* doit être régi par la loi du lieu où le paiement doit être effectué. Il est, en effet, laissé à la libre disposition des contractants de déterminer les espèces et de fixer le prix ; mais le *modus solutionis* des créances déjà

[1] Pardessus, *Droit commercial*, n° 1485 *bis*.
[2] Massé, *Droit commercial*, n° 611.

estimées et du prix déjà fixé est soumis à la loi du lieu du paiement. Dès lors, si pour des raisons d'intérêt public, la loi disposait que les billets de banque devraient être donnés et reçus dans les paiements comme argent comptant pour leur valeur nominale, nonobstant toute disposition légale ou toute stipulation contraires, le créancier ne pourrait pas les refuser ou les recevoir seulement pour une valeur moindre. On ne pourrait pas objecter qu'il est étranger, car il serait soumis à la loi du lieu du paiement pour tout ce qui concerne le *modus solutionis*, et il ne pourrait pas déroger aux dispositions de cette loi, qui règlerait le paiement des créances déjà estimées et du prix déjà fixé.

Il est vrai que cette solution lèse d'une certaine façon les intérêts du créancier, qui en fait reçoit moins que ce qu'il a compté recevoir. Toutefois, cela n'est pas imputable au débiteur, mais doit être considéré comme une des nombreuses éventualités, qui font perdre au commerçant une partie des gains qu'il a espéré réaliser.[1] De toute façon, si Pardessus lui-même reconnaît que le créancier ne peut pas citer le débiteur, ni le faire condamner devant les tribunaux du pays où il doit exiger le paiement, nous ne pouvons admettre qu'il puisse le faire citer et condamner devant les tribunaux de sa patrie. Si le débiteur, après le refus du paiement, avait opéré l'offre réelle et le dépôt avec toutes les formalités requises par la loi du lieu du paiement, et si ces offres avaient été jugées valables et suffisantes pour le libérer, comme équivalentes à son égard au paiement, nous ne savons à quel titre le magistrat du domicile du créancier

[1] Du reste, en admettant la solution de Pardessus et de Massé, pour sauvegarder les intérêts des créanciers, on sacrifierait arbitrairement ceux du débiteur. On exigerait de lui qu'il fit un sacrifice, qui n'aurait pas été prévu dans le contrat. En effet, tandis que lui, il serait forcé dans son pays de subir le cours légal, de recevoir le numéraire avec la valeur nominale qui lui serait attribuée par la loi, il devrait payer son créancier au taux de la valeur réelle, c'est-à-dire subir une perte, quand rien ne pourrait le garantir lui-même du cas de force majeure résultant de la loi nouvelle. — (Note du traducteur, Ch. A.).

pourrait contraindre le débiteur à payer autrement, alors que tous les auteurs sont d'accord pour soutenir que le *modus solutionis* doit être réglé exclusivement par la loi du pays où le paiement doit être effectué. *Æstimatio rei debitæ*, dit Evehrard, *consideratur secundum locum ubi destinata est solutio seu liberatio, non obstante quod contractus alibi sit celebratus. Ut videlicet inspiciatur valor monetæ qui est in loco destinatæ solutionis.* [1]

196.— A l'égard du paiement fait avec subrogation, nous croyons utile de noter qu'en quelque lieu que la subrogation soit consentie, soit par le créancier sans l'intervention du débiteur, soit par ce dernier sans le consentement du créancier, les effets en sont toujours régis par la loi qui a réglé *ab initio* l'obligation primitive et l'exécution de celle-ci. La raison en est que le paiement avec subrogation n'emporte pas novation. Il consiste, en effet, dans une fiction juridique admise ou établie par la loi, en vertu de laquelle on reconnaît qu'une obligation éteinte au moyen du paiement effectué par un tiers, ou par le débiteur avec les deniers d'un tiers continue à exister au bénéfice du tiers, qui est autorisé à exercer les droits et les actions de l'ancien créancier. Donc, par suite d'une fiction juridique, l'ancien et le nouveau créancier forment une seule personne, et dès lors les droits ou les actions qu'ils pourraient exercer, doivent être déterminés d'après la loi qui a réglé *ab initio* l'obligation primitive et l'exécution de celle-ci.

Ce principe doit s'appliquer, même lorsque la subrogation est consentie par un créancier étranger. Ainsi, si le créancier subrogé est du même pays que le débiteur, il exercera tous les droits de l'ancien créancier, lesquels de-

[1] Everhard, *Consil.*, 78, n. 9. Compar. Toullier, T. VI, n. 587 ; Troplong, *Du prêt*, n. 243 ; P, Voët, *De statut.*, § 9, 12, 15 ; Vinnius, *Ad instit.*, lib. III, tit. XV, *De mutuo comm.*, n. 12 ; Bartolus, *In leg. Paulus*, 101, *De solutionibus ;* Baldus, *In leg. Res in dotem*, 24 ; *De jure dot. ;* Castro, lib. III, *De rebus creditis ;* Boerius, *Decis.*, 327.

vront toujours être déterminés par la loi, qui a réglé l'obligation de son concitoyen au profit de l'étranger.

197. — Disons toutefois que, pour que la subrogation puisse être judiciairement efficace, il est indispensable que l'opération juridique ne porte aucune atteinte au droit public ou aux principes d'ordre public consacrés par la loi du lieu où on veut lui faire produire effet, ainsi que nous l'avons dit précédemment. Ainsi, par exemple, la subrogation, bien que s'étant produite dans un pays étranger, ne peut pas être opposable aux tiers en Italie, si elle a été constatée dans une pièce distincte de la quittance, bien que les deux actes portent la même date. Quelle que soit la loi du lieu où se serait opérée la subrogation, on opposerait à l'effet de celle-ci en Italie la disposition de l'art. 1252, sans qu'on pût appliquer la règle *locus regit actum*, parce que la subrogation opérée par un acte distinct de la quittance équivaudrait à une contre-déclaration, et que l'article 1329 du Code civil italien dispose que, « les contre-déclarations faites par « acte sous signature privée ne peuvent avoir d'effet qu'en« tre les parties contractantes et leurs successeurs à titre « universel. » Cette disposition est absolue, générale et prohibitive, et comme elle tend à protéger les intérêts des tiers, et non seulement ceux des contractants, elle doit être considérée parmi celles d'ordre public.

198. — En ce qui concerne la subrogation légale, notons qu'elle a lieu de plein droit, en vertu de la loi sous l'empire de laquelle se réalise le fait, en vertu duquel elle est accordée, et qu'elle doit être reconnue partout, parce que, bien qu'elle dérive de la loi, elle n'est pas une concession, mais bien un droit de la partie garanti et reconnu par la loi civile. Telle est, par exemple, la subrogation qui dérive de plein droit du paiement par intervention d'une lettre de change, et la subrogation successive des endosseurs dans les droits des tireurs contre les coobligés qui les précèdent.

En matière commerciale, il peut s'élever un doute important relativement à la subrogation du commissionnaire qui a acheté la marchandise pour le compte du commettant et l'a payée de ses deniers. Toutes les législations n'admettent pas la subrogation de plein droit dans ce cas. En France, où la subrogation est reconnue par la jurisprudence,[1] les jurisconsultes se demandent si elle dérive de la loi et de l'article 1251 du Code civil ou des usages commerciaux.[2] S'il y a certaines différences entre la loi du pays du commettant et celle du pays du commissionnaire, on se demande si, en cas de faillite du premier, le second a le droit de revendiquer les marchandises vendues, comme aurait pu le faire le vendeur. Sans nous occuper de rechercher s'il y a subrogation d'après l'une ou l'autre loi, nous dirons qu'à notre sens c'est toujours conformément à la loi du commissionnaire que l'on doit décider si la subrogation existe de plein droit, et qu'en cas d'affirmative elle doit produire effet, même lorsque la loi du commettant est différente, parce que les effets du contrat de commission et les droits du commissionnaire dépendent toujours de la loi du lieu où la commission a été exécutée.[3]

199.—En général, la renonciation par laquelle le créancier abandonne une créance qui lui appartient et la remise de la dette, en particulier, sont au nombre des modes d'extinction des obligations. Pour faire ou accepter une renonciation, la personne doit être capable de donner ou de recevoir à titre gratuit, et cette capacité doit être déterminée par la loi à laquelle la personne est soumise. Les effets de la remise volontaire relativement aux cautions solidaires et aux fidéjusseurs sont réglés par la loi à laquelle est soumise l'obligation principale. Ainsi, par exemple, la remise volon-

[1] Cour de Cass. française, 14 novembre 1810, *Dev.*, 3, 1, 258 ; — Rouen, 4 janvier 1825, *Dev.*, 8, 2, 2.
[2] Delamarre et Lepoitevin, *Cont. de commis.*, § 715 et suiv.
[3] Voir Ch. I, n. 248.

taire consentie par le porteur d'une lettre de change ne modifie pas l'obligation solidaire des endosseurs et leurs actions, qui sont toujours réglées par la loi du pays où a été créée la lettre de change, et dès lors si l'endosseur est ensuite contraint de payer pour le tireur, il peut, nonobstant la remise, agir contre lui en conformité de la loi qui réglait *ab initio* l'obligation solidaire.[1] Quant aux actes suffisants pour établir la renonciation ou la remise volontaire à l'égard du débiteur, ils doivent être appréciés d'après la loi du lieu du paiement.

200. — La remise forcée peut avoir lieu pour les obligations commerciales dans certains cas spéciaux qui méritent une considération particulière. Le commerçant failli qui obtient un concordat de ses créanciers est libéré à leur égard jusqu'à concurrence des sommes qui lui sont remises, et est tenu du montant des sommes réduites. Le concordat valablement homologué est un titre opposable partout aux créanciers qui l'ont signé et à toute personne intéressée. D'après certaines législations, telles que par exemple les lois italienne (art. 840, C. de commerce) et française (art. 516, C. de commerce), le concordat homologué est obligatoire pour tous les créanciers portés ou non au bilan, que leurs créances soient ou non vérifiées, et même pour les créanciers résidant à l'étranger. Cette remise forcée, qui dérive d'une disposition légale pour ceux qui n'ont pas fait vérifier leurs créances et qui ont perdu le droit de faire opposition, est certainement valable sur tout le territoire où la loi dont elle dérive exerce son empire, et dès lors le concordat homologué par un tribunal italien est un titre opposable en Italie à tous les créanciers aussi bien citoyens qu'étrangers, soit qu'ils aient, soit qu'ils n'aient pas fait vérifier leurs créances. Mais on peut se demander s'il est également valable de-

[1] Compar. Pothier, *Contrat de change*, n° 182; Delvincourt, *Droit commercial*, tit. II, p. 170; Pardessus, n° 314; Nouguier, T. I, p. 354.

vant les tribunaux étrangers à l'égard des créanciers étrangers.

201. — Massé soutient la négative et se fonde sur les motifs suivants. Le concordat est un mode particulier de libération établi par la loi civile et ne peut être opposable qu'aux personnes qui, à raison de leur nationalité, sont soumises à la même loi. Il suppose que le créancier abandonne une partie de sa créance, et que s'il ne consent pas à le faire, la loi y consent pour lui. Il faut donc, pour que le consentement présumé puisse être opposé, que la loi en vertu de laquelle naît la présomption oblige le créancier, ou qu'il y soit soumis d'une manière quelconque. Certainement, un créancier étranger qui n'a pas adhéré au concordat, ne peut pas avoir en France des droits supérieurs à ceux des créanciers français, parce que l'on ne peut pas admettre dans ce pays deux ordres de créanciers et favoriser les étrangers plus que les citoyens. Mais, si ce créancier cite son débiteur devant un tribunal étranger, celui-ci ne peut pas lui opposer utilement le concordat auquel il n'a pas adhéré. De même, un étranger qui a été déclaré en faillite dans son pays, et qui y a obtenu un concordat, ne peut pas s'en prévaloir en France pour repousser l'action qu'exerce contre lui un créancier français.[1]

Cette doctrine a été consacrée en France par le tribunal de la Seine et par la Cour d'appel de Paris,[2] qui ont décidé qu'un concordat fait à l'étranger et homologué par un tribunal étranger ne pouvait pas être opposé en France à un créancier français qui n'y avait pas adhéré. Elle est, toutefois, en partie combattue par Lainné[3] et par Rocco,[4] qui sont d'avis que lorsque le concordat est déclaré exécutoire

[1] Massé, *Droit commercial*, n° 613.

[2] Paris, 25 février 1825 (Piedemonte), *Pasicrisie française*.

[3] Lainné, *Comment. analytique sur la loi du 8 juin 1838*, p. 254, sur l'art. 516.

[4] Rocco, 3e partie, Ch. XXXIII, p. 379 (édit. de Livourne).

par le magistrat du pays du créancier, il peut lui être opposé, quoique passé à l'étranger et homologué par un tribunal étranger.

202. — L'opinion de Massé ne nous semble pas soutenable, car nous n'admettons pas que la loi du débiteur n'oblige pas le créancier bien qu'étranger. Il est vrai, en effet, que chaque créancier peut demander l'exécution partout où se trouve une juridiction à laquelle est soumis le débiteur, et qu'il peut arriver que le lieu où l'obligation aurait dû être exécutée soit différent de celui où la faillite serait déclarée. Néanmoins, ainsi que nous le démontrerons en son lieu, en cas de faillite, la juridiction personnelle doit prévaloir sur la juridiction spéciale de l'obligation, et si l'étranger est un créancier chirographaire, il ne peut exiger sa créance, ni exercer son action personnelle qu'au domicile du failli.[1] Ayant démontré que tout ce qui se rapporte au paiement doit être réglé par la loi du lieu où la créance est exigible, et que c'est d'après cette même loi qu'on doit déterminer si certains actes équivalent à la renonciation ou à la remise totale ou partielle, nous concluons que lorsque la loi du domicile du failli dispose que les créanciers qui n'ont pas fait vérifier leurs créances dans un certain délai sont considérés comme ayant tacitement adhéré au concordat accepté par la majorité, cette disposition oblige même les créanciers étrangers, qui sont soumis à la loi du lieu, où ils doivent et peuvent exiger le paiement.

De plus, nous démontrerons en temps opportun qu'il est dans l'intérêt réciproque des États et du commerce, de sa nature cosmopolite, d'admettre l'unité et l'universalité du jugement déclaratif de faillite, pour protéger ainsi l'égalité juridique de tous les créanciers, bien que la procédure relative à la faillite, comme toute autre action personnelle,

[1] Compar. notre monographie : *Del fallimento secondo il diritto internazionale privato.*

ne puisse être instruite que par le magistrat du domicile du failli. Aussi pensons-nous que le concordat homologué par le tribunal saisi de la faillite peut être opposé aux créanciers étrangers, tant devant les tribunaux du pays où la faillite a été déclarée que devant les juges étrangers.[1]

En ce qui concerne l'opinion de Rocco et de Lainné, qui sont d'avis qu'il est nécessaire que le concordat, auquel le tribunal du failli a accordé l'homologation, soit déclaré exécutoire par le magistrat du pays du créancier étranger, pour qu'il puisse lui être opposable,[2] nous observerons que l'homologation ne peut être aucunement assimilée à une sentence émanée d'un tribunal étranger, car elle est plutôt un acte de protection dans l'intérêt des créanciers qui ont consenti au concordat, soit expressément, soit tacitement et par présomption. Elle est nécessaire pour mettre une convention privée à la hauteur d'un acte public et a pour résultat de rendre la convention valable à l'égard des parties. Il ne peut dès lors pas y avoir lieu d'appliquer au concordat homologué par un tribunal étranger les mêmes règles qu'en ce qui concerne les jugements des tribunaux étrangers. Massé lui-même dit que, lorsque la faillite est déclarée en pays étranger et que le failli y a obtenu un concordat homologué, il n'est pas nécessaire de le faire déclarer exécutoire par le magistrat français pour pouvoir l'opposer en France aux créanciers français qui l'ont signé. « Il me paraît hors de « doute, dit-il, que ce jugement n'a pas besoin d'être rendu « exécutoire en France. Le concordat est un traité volon- « taire entre le failli et ses créanciers, et qui par lui-même « est obligatoire pour tous ceux qui y ont pris part. »[3] De là nous concluons que, de même que le concordat est opposable à ceux qui y ont effectivement adhéré, sans qu'il soit nécessaire de le faire déclarer exécutoire par le magistrat

[1] Compar. notre monographie : *Del fallimento secondo il diritto internazionale privato.*

[2] *Loc. cit.*, p. 379 ; Rocco, IIe part., Ch. XXXIII.

[3] Massé, cit., no 811.

du pays du débiteur, il doit être aussi opposable à ceux qui n'y ont pas expressément adhéré, mais qui, par suite d'une présomption de la loi, sont considérés comme y ayant adhéré. Si on admet la première partie de notre raisonnement, on ne peut pas exclure la seconde. Aussi, conclurons-nous que le concordat homologué doit être partout opposable aux créanciers conformément aux dispositions de la loi sous l'empire de laquelle la faillite a été déclarée. Nous dirons, quand nous traiterons de cette matière, comment on doit procéder pour que le concordat puisse être opposé aux tiers devant les tribunaux d'un autre État.[1]

203. — Les principes exposés relativement à la remise forcée d'une partie de la dette, qui peut avoir lieu pour les obligations commerciales, ne sont pas applicables à certaines mesures spéciales, à l'aide desquelles le débiteur non commerçant, qui est dans l'impossibilité de payer ses dettes, peut se libérer des actions de ses créanciers à son encontre. Par exemple, d'après le droit romain et les lois du pays où sont en vigueur les principes de ce même droit, certaines personnes jouissent du privilège de n'être contraintes à accomplir une obligation, qu'autant qu'elles peuvent le faire sans être privées du nécessaire à leur subsistance.[2] Ce privilège appelé *beneficium competentiæ* peut être opposé par ceux qui en jouissent, même après la sentence.[3] Ce privilège est accordé notamment au débiteur de bonne foi qui fait la cession de ses biens.[4]

De même, le Code civil français admet la cession de biens volontaire et judiciaire, laquelle consiste dans l'abandon que le débiteur fait à ses créanciers de tout ce qu'il possède pour

[1] Voir notre ouvrage : *Effetti internazionali delle sentenze e degli atti*, T. I (*Parte civile*).

[2] *Dig.*, *De re judicata et effectu sententiæ*, XLII, 1 ; — *Inst.*, § 38, *De action.*, IV, 6 ; — *Dig.* L. 28, 173, *De regul. jur.* (L. 17).

[3] L. 72, *De regul. jur.*; L. 41, § 2, *De re judic. (Dig.)*.

[4] *Dig.*, *De cess. bonor.* XLII, 3 ; *Cod.*, *Qui bon. ced. poss.*, VII, 71 ; *Nov.* 135.

se libérer à leur égard, soit en vertu d'un accord, soit avec l'intervention de l'autorité judiciaire, quand les créanciers refusent l'offre du débiteur. Le second de ces deux modes de libération est interdit aux commerçants ; mais une institution qui y correspond en grande partie c'est celle admise par la loi du 17 juillet 1856, sous la dénomination de *concordat par abandon d'actif.*[1] En Ecosse, la cession de biens est admise en faveur des commerçants condamnés à la prison ou condamnés pour dettes : ils peuvent obtenir un décret pour être libérés de la contrainte par la *cessio bonorum*, et l'autorité à ce compétente est le schériff de la contrée.[2]

204. — Ces institutions et toutes autres du même genre admises par d'autres législations n'ont pas pour effet d'éteindre l'obligation, mais de mettre un obstacle à l'action du créancier et de limiter son droit d'exiger le paiement. Egalement, d'après le droit romain, sur lequel sont calquées les législations modernes, la *cesssio bonorum* ne libère absolument le débiteur que lorsque le créancier a reçu satisfaction; mais elle a pour effet d'exonérer le débiteur de la contrainte par corps : *Qui bona cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati. In eo enim tantummodo hoc beneficium eis prodest, ne judicati detrahantur in carcerem.*[3]

De tels bénéfices, étant des faveurs accordées par le législateur, ils ne peuvent produire effet en pays étranger, lorsque le *forum contractus* est différent de celui du domicile du débiteur. C'est seulement quand la cession de biens est volontairement acceptée par les créanciers qu'elle doit être partout efficace. Mais s'il s'agit d'une cession de biens judiciaire, elle ne peut avoir d'effet en pays étranger, parce qu'en fait le débiteur ne s'est point libéré. Dès lors, s'il est cité en justice et condamné à la contrainte par corps en pays

[1] Code civil français, art. 1265-1270 ; Massé, *Droit commercial*, n° 2186 ; Pardessus, *Droit commercial*, n° 1327.
[2] Leone Levi, *Internat. comm. Law*, p. 1925.
[3] L. 1, *Cod.*, *Qui bonis cedere possunt.*

étranger, il ne peut pas invoquer la loi de son domicile pour s'exempter de cette condamnation.

205. — La novation consiste en réalité à substituer une nouvelle obligation, ou une nouvelle dette, à l'ancienne. *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem, vel naturalem transfusio atque translatio: hoc est cum ex præcedenti causa ita nova constituitur ut prima perimatur.*[1] De quelque façon qu'ait lieu la novation, comme elle emporte toujours la transformation contractuelle d'une obligation en une autre, elle fait cesser *ipso jure* la première obligation avec tous ses accessoires, et est régie, quant à ses effets, par la loi sous l'empire de laquelle elle se réalise, et non par celle qui régissait l'obligation antérieure qui a servi de cause à la nouvelle obligation. De là il résulte que, lorsque le créancier qui a consenti à la novation possède la capacité requise en matière de renonciation, il ne peut plus prétendre exercer les actions, les exceptions ou les garanties, quelles qu'elles soient, auxquelles il avait droit d'après la loi primitive de l'obligation ; mais qu'il doit s'en tenir aux dispositions de la loi sous l'empire de laquelle il a consenti la novation, parce que c'est conformément à cette loi que la nouvelle obligation devient parfaite.

206. — C'est d'après la même loi, sous l'empire de laquelle s'est accompli le fait dont on veut faire dépendre la novation, que l'on doit décider s'il y a eu ou non novation, et si une telle opération, qui ne se présume jamais, surtout en matière commerciale, peut dériver des faits et des actes intervenus entre les parties, nonobstant l'absence des termes sacramentels ou équivalents. Ceci donné, et spécialement en matière commerciale, il faut être très circonspect et ne pas opérer de novation, pour ne pas perdre les garanties auxquelles on avait droit d'après la loi du lieu où avait été conclue l'obligation originaire.

[1] L. 1, *Dig.*, *De novationibus*, XLVI, 2.

207. — Dans les ventes commerciales, par exemple, il arrive fréquemment que la marchandise est vendue en un pays, et que le prix doit être payé dans un autre. Jusqu'au paiement, le vendeur jouit de toutes les garanties et de tous les privilèges qui dérivent soit de la convention, soit de la loi sous l'empire de laquelle le contrat est devenu parfait. Ordinairement, l'acheteur remet au vendeur des lettres de change pour une valeur égale au prix stipulé, ce qui, en langage commercial, se dit *faire le règlement*, et il arrive très souvent que la vente est faite au domicile du vendeur, et le règlement à celui de l'acheteur. Si une telle opération emportait novation de la créance primitive, l'acheteur serait obligé, en vertu des lettres de change, et non plus en vertu de l'obligation primitive, et dès lors le vendeur n'aurait plus les droits et les garanties qui dérivent de la vente aux termes de la loi du contrat, mais seulement ceux qui dérivent des lettres de change d'après la loi du lieu où elles auraient été signées.

Pour trancher la question de savoir si la création de ces nouveaux titres opère ou non novation, on doit appliquer la loi du lieu où le règlement est fait. Généralement, quand le vendeur ne donne pas quittance au bas de la facture, ou en donne une conditionnelle, c'est-à-dire subordonnée au paiement effectif des valeurs par lui reçues en règlement, il n'y a certainement pas novation, parce que l'obligation primitive n'est pas éteinte, et que les lettres de change, ainsi que le dit Casaregis, *semper intelliguntur datæ pro solvendo et non pro soluto*, c'est-à-dire ne constituent pas un paiement actuel, mais assurent un paiement futur, et dès lors ne libèrent le débiteur que sous la condition de l'encaissement effectif. Mais si le vendeur donnait au bas de la facture une quittance pure et simple, et s'il ne résultait pas de la forme des lettres de change qu'elles se référassent à la vente (comme si, par exemple, elles étaient causées valeur en compte), on pourrait raisonnablement soutenir que l'obligation du débiteur devrait être régie par la loi du lieu où

il aurait souscrit les lettres de change, parce que l'obligation primitive serait éteinte, et que le débiteur serait seulement tenu en vertu des lettres de change qu'il aurait signées.[1] C'est une très grave question, qu'il vaut mieux éviter de soulever, soit en subordonnant la quittance au paiement effectif des valeurs, ou en énonçant dans les lettres de change qu'elles représentent le prix de la vente.

Un des cas dans lesquels, à la loi primitive du contrat est substituée celle du lieu où s'opère la novation, c'est celui d'une lettre de change tirée par un individu demeurant dans un pays sur un autre individu demeurant dans un autre pays en paiement de laquelle le porteur accepte la substitution du tiré au tireur. Si le porteur de la lettre de change acceptée accorde à l'échéance une prorogation à l'accepteur, en faisant substituer une seconde acceptation à la première sans le consentement du tireur, cette substitution opère novation, et les effets qui en dérivent sont réglés par la loi du lieu où la substitution a été consentie. Le tireur et les endosseurs ne sont plus solidairement obligés avec le tiré suivant la loi du lieu où la lettre de change a été tirée et endossée ; mais l'accepteur contracte à sa charge seulement l'obligation, dont étaient originairement tenus les autres coobligés, et cette obligation doit être exclusivement régie par la loi du lieu où la substitution a été consentie.[2]

208. — L'obligation peut s'éteindre quand l'accomplissement du fait qui en forme l'objet devient physiquement ou légalement impossible. Dans ce cas, on doit tenir compte de la loi du lieu où l'obligation a pris naissance, pour décider si elle se convertit en une obligation de dommages-intérêts, soit parce que l'obstacle qui s'oppose à ce qu'elle soit accomplie est le résultat d'une faute imputable au débiteur,

[1] Compar. Pardessus, n. 221 ; — Delamarre et Lepoitevin, T. II, n° 376 ; Merlin, *Répert.*, v° *Novation ;* — Metz, 26 janvier 1854, Sirey, 54, 2, 743 ; — Rej. 1er avril 1881, Dalloz, 1881, II, I, 335.

[2] Compar. Rej. 21 mars 1808 (Cabarus), Sirey, 8, I, 245.

soit parce que celui-ci est responsable du cas fortuit ou de la force majeure à raison de sa mise en demeure.

209. — Relativement aux conflits qui peuvent naître alors que l'obligation s'éteint *ope obligationis*, il est nécessaire de tenir compte des principes exposés dans le paragraphe précédent.[1]

[1] Voir le paragraphe *relatif à la prescription extinctive.*

CHAPITRE VI

DE LA LOI QUI DOIT RÉGIR LA FORME DES ACTES.

210. La règle *locus regit actum* a été communément admise. — 211. Divergences en ce qui concerne les limites de cette règle. — 212. Application à la matière des obligations. — 213. Aux formalités habilitantes. — 214. Aux testaments. — 215. A la preuve de l'acte. — 216. A la célébration du mariage. — 217. Nos observations pour préciser la portée de la règle. — 218. Comment elle peut être justifiée. — 219. Dispositions du droit français sur la forme des actes. — 220. Code prussien. — 221. Code néerlandais. — 222. Les règles consacrées par les législateurs ne suffisent pas pour déterminer la portée de la règle. — 223. Cet inconvénient a été écarté par le législateur italien. — 224. Explication du système consacré dans le Code civil italien. — 225. Ce système nous paraît préférable à tout autre. — 226. La règle relative aux formes consacrées par chaque législateur peut être efficace seulement sur le territoire soumis à son empire. — 227. Discussion relative à la valeur impérative du principe *locus regit actum*. — 228. Comment les citoyens et les étrangers doivent être soumis à la règle concernant la forme de l'acte. — 229. Actes faits en fraude de la loi. — 230. Si la règle *locus regit actum* peut s'appliquer pour décider sur la nécessité de l'écriture publique ou privée. — 231. Théorie de Zachariæ. — 232. Théorie de Demolombe. — 233. Des juristes italiens. — 234. Notre opinion. — 235. La question de la forme publique ou privée de l'acte n'est pas une question de pure forme. — 236. Application du principe à la reconnaissance de l'enfant naturel. — 237. Au contrat de mariage. — 238. A la donation. — 239. Examen de l'hypothèse où la condition de l'authenticité n'a pas pu s'accomplir. — 240. Actes faits en Turquie. — 241. Actes faits dans la légation par un ministre étranger accrédité. — 242. A quels actes s'applique la règle *locus regit actum*. — 243. A qui incombe la charge de la preuve. — 244. Applications faites par la jurisprudence.

210. — La question de la loi qui doit régir la forme des actes a eu une portée différente dans le système des glossateurs et dans celui des juristes modernes. En effet, dans la théorie des glossateurs nous trouvons une certaine confusion

entre les formalités intrinsèques et extrinsèques des actes, d'où il est résulté, qu'en appliquant les mêmes règles générales, les uns sont arrivés à des conclusions contraires de celles admises par les autres.

Aussi bien les auteurs anciens que les auteurs modernes, ont été unanimes à soutenir que la forme des actes doit être régie par la loi du lieu où ils sont passés, et l'adage commun, *locus regit actum*, par suite d'un consentement général et d'une jurisprudence constante, a été considéré comme une règle de droit international. Fœlix donne une longue liste des auteurs, qui ont soutenu cette règle,[1] et beaucoup d'autres encore se trouvent mentionnés par Story,[2] par Bar[3] et par Wharton.[4]

211. — La confusion en cette matière est résultée de ce que, dans leur doctrine, les glossateurs n'ont pas précisé les limites, dans lesquelles la règle devait être appliquée, et n'en ont par conséquent pas bien indiqué la portée. En effet, le mot acte n'a pas été bien défini, de sorte que certains auteurs lui faisaient signifier l'opération juridique elle-même, et soutenaient que cette opération devait être entièrement soumise à la loi du lieu où elle avait pris naissance.

Paul de Castro est au nombre de ceux qui soutiennent que la règle est applicable à l'opération juridique et aux conditions intrinsèques requises pour sa validité, y compris même celles concernant la capacité de l'auteur de l'acte. De cette façon, les jurisconsultes sont arrivés à confondre les éléments qui constituent la substance de l'acte avec ceux qui se rapportent aux formalités extrinsèques exigées par la loi pour la légalité de cet acte, et avec celles requises pour la preuve de l'opération juridique.

[1] Fœlix, *Droit international privé*, § 74.
[2] *Conflicts of Laws*, § 259 et suiv.
[3] *Das internat. privat. und Strafrecht*, § 35.
[4] *Conflicts of Laws*, § 676.

212. — En matière d'obligations conventionnelles, Dumoulin soutient que la convention doit dépendre entièrement de la volonté des parties contractantes, et doit dès lors être régie par la loi à laquelle elles se sont manifestement ou tacitement référées. Les auteurs qui ont admis cette théorie ont fait les applications les plus étendues de la règle *locus regit actum*, parce qu'ils ont accepté le principe de Curtius,[1] d'après lequel l'acte doit être régi par les lois du lieu où il a été passé, parce que l'on doit présumer que l'étranger s'y est soumis. Ces auteurs en ont conclu que la substance même de l'acte et toutes les conditions requises pour sa validité devaient dépendre exclusivement de cette même loi.

213. — Quelques-uns ont été jusqu'à admettre que la règle des formes devait être appliquée même aux formalités habilitantes. Ainsi, ils ont, par exemple, soutenu que le consentement du mari, pour habiliter la femme par elle-même incapable de s'obliger valablement, pouvait être considéré comme une des formalités habilitantes et devait être régi par la loi du lieu où l'acte aurait été accompli. Cette théorie fut vigoureusement combattue par Baldus.[2]

214. — En ce qui concerne les testaments, il a été fait aussi de nombreuses applications du principe *locus regit actum*. Certains jurisconsultes ont admis que la règle devait être appliquée, pour décider si l'étranger pouvait ou non tester en faisant usage d'une forme donnée de testament, et d'autres ont soutenu que cette application ne pouvait pas être faite, parce qu'ils ne distinguaient pas la question de la capacité de disposer par testament de celle proprement dite de la forme extrinsèque de cet acte. De là il est résulté que Ei-

[1] Curtii, *De statutis*, sect. IX, no 1.
[2] Baldus, *De statutis V. territorium, n. 1 ; prima super Digesta veteri. De legibus et senatusconsultis*. L. *scire leges*.

chorn a soutenu, que la règle ne pouvait pas être appliquée aux actes d'une personne relatifs à son patrimoine, parce qu'en règle générale ces actes devaient être conformes aux lois du pays du domicile quant à la forme et quant à la substance, toutes les fois qu'ils devaient être exécutés dans ce lieu. Cet auteur trouve la raison de sa théorie dans le principe de l'autonomie des États et dans la règle du Digeste, *contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur quo ut solveret se obligavit.*

215. — Les auteurs, qui ont donné à l'antique règle *locus regit actum* la portée la plus raisonnable, en la considérant seulement comme applicable à ce qui concerne la preuve de l'acte, n'ont néanmoins pas réussi à éviter la confusion, parce qu'ils n'ont pas bien su distinguer ce qui se rapporte à la preuve du fait juridique de ce qui concerne les conditions requises par la loi pour l'existence juridique de l'opération. Ainsi, par exemple, ils ont été d'avis que certains actes et contrats qui, aux termes de la loi territoriale, doivent être passés par acte sous seing privé ou public sous peine de nullité, pourraient être valables, malgré l'absence de l'acte écrit, s'ils avaient été conclus dans un pays où l'écriture ne serait pas requise bien qu'ils aient pour objet une chose existant sur le territoire d'un État, dont la loi exige l'écriture comme condition indispensable pour l'existence juridique de l'acte. Ainsi, notamment en Italie, certains jurisconsultes [1] ont été d'avis que le tranfert de la propriété d'un immeuble situé sur le territoire italien pouvait être valable en l'absence d'acte écrit, si le contrat avait été conclu dans un pays étranger, dont les lois admettaient la vente verbale d'un immeuble, et ce contrairement à l'article 1314 du Code civil italien, qui exige un acte écrit pour l'existence juridique d'une vente immobilière.

[1] Voir Bianchi, *Elementi di diritto civile,* T. I, p. 304.

216. — Ce n'est pas ici le lieu d'exposer les applications inexactes de la règle *locus regit actum* de la part des auteurs et de la jurisprudence, même en ce qui concerne la célébration du mariage, et de réfuter les théories que nous avons exposées plus haut. Nous nous bornerons à constater que, tandis que tout le monde est d'accord pour admettre le principe, cet accord disparaît dans l'application et dans la fixation de la portée de l'antique maxime, et que la divergence des opinions a été la conséquence de la confusion faite par les glossateurs et de l'influence qu'a exercée et qu'exerce encore la théorie traditionnelle.

217. — Nous admettons en principe la règle *locus regit actum*, mais nous croyons indispensable d'en préciser la portée. Nous devons avant tout observer que le mot *acte* peut être employé pour indiquer l'opération juridique elle-même, aussi bien que l'acte extrinsèque, c'est-à-dire les formalités extérieures requises par la loi pour attester le fait juridique. Or, c'est en ce dernier sens qu'il faut entendre l'expression *acte*, lorsqu'il s'agit de le soumettre à la loi du lieu où il a été passé. Par conséquent, on ne peut pas soutenir que l'acte, en ce qui concerne son contenu, sa substance, les conditions requises pour sa validité, les formalités indispensables pour la capacité des parties qui sont par elles-mêmes incapables, les formalités exigées pour son exécution, ou celles indispensables pour le rendre efficace à l'égard des tiers qui ont des droits sur la chose objet de la convention, doive être régi par la loi du lieu où il a été passé ; mais il faut admettre qu'il doit seulement être régi par cette loi, pour ce qui concerne les formalités extérieures destinées à constater légalement ce qui a été fait.

Il est dès lors nécessaire d'interpréter l'antique maxime *locus regit actum* en ce sens que les formalités extrinsèques des actes juridiques et celles requises pour la rédaction légale des instruments, des conventions, des dispositions, des déclartaions, des écrits destinés à les constater doivent être ré-

glées par la loi du lieu où ces actes ont été conclus, stipulés ou rédigés. Par conséquent, c'est seulement en ce qui concerne la validité légale extrinsèque des actes, qu'il y a lieu d'observer les formalités prescrites par la loi locale.

218. — La raison principale, qui rend généralement nécessaire l'admission de cette règle c'est, comme l'a dit Savigny, que d'une part, il est souvent difficile que quelqu'un connaisse là, où l'acte juridique est accompli, les formes légales requises par la loi du lieu où ce même acte doit produire effet ; et qu'il est encore plus difficile de les remplir parfaitement, tandis que d'autre part il importe au plus haut degré de ne pas rendre absolument impossibles les actes juridiques en pays étranger, ou de ne pas les exposer à des nullités pour inobservation des formes légales, qui ne sont certainement pas établies pour créer des obstacles aux opérations civiles. [1]

Merlin, dit à ce sujet : « Ce n'est point par raison de con-« venance qu'on a donné à la forme probante des actes la « préférence à la loi du lieu où ils sont passés, sur toutes « les autres ; les vrais principes ont seuls motivé à ce choix. « En effet, les autres reçoivent l'être dans le lieu où ils sont « passés ; c'est la loi de ce lieu qui leur donne la vie ; c'est « elle par conséquent qui doit les affecter, les modifier, en « régler la forme. »

219. — Maintenant, que nous allons exposer les dispositions du droit positif relatives aux formes légales des actes, nous laisserons de côté le droit romain, où certains auteurs ont cru trouver la consécration de la règle *locus regit actum*, [3] et nous noterons qu'en droit français elle n'a pas été

[1] Savigny, *Système du droit romain*, T. VIII, § 381.

[2] Merlin, *Répert.* V° *Preuve*, 11, § 3, art. 1 n° 3.

[3] Différents textes ont été cités : L. XXXIV, *De reg. jur.*, 50, 17 ; L. VI, *Dig.*, *De evictionibus*, 21, 2 ; L. I, pr. *Dig.*, *De usuris*, 22, 1 ; — L. IV, *Cod.*, *De testamentis*, 6, 23.

convertie en maxime législative, bien qu'elle ait été constamment admise par les auteurs et la jurisprudence.[1]

Dans le projet du Code civil français, il existait un article du livre préliminaire ainsi concu : « La forme des actes est « réglée par les lois du pays dans lequel ils sont faits ou pas« sés. » Mais cet article fut ensuite supprimé, sur l'observation que d'une part le législateur français ne pouvait faire de lois ayant autorité hors du territoire, ni consacrer une règle de droit des gens, et que, d'autre part la maxime appartenait plutôt à la doctrine qu'à la loi, et que, conçue comme elle l'était en termes généraux, elle aurait été vague et indéterminée. Soit que ces raisons aient prévalu, soit par suite d'autres motifs, l'article du projet ne fut pas inséré dans le Code, et le législateur français, considérant la maxime comme admise en doctrine, se borna à en faire quelques applications spéciales dans les articles 47, 170, 999 et 1317 du Code civil.

220. — Dans le Code général Prussien, on trouve formellement consacré le principe, que la forme d'un contrat doit être appréciée d'après la loi du lieu où il a été fait (1, 5, 55, 111). On y prévoit le cas d'un contrat conclu entre absents, et l'on dispose que la forme de ce contrat doit être régie par la loi du lieu où il a été daté et qui, s'il a été indiqué des lieux différents où se trouvent en vigueur des lois distinctes, ou s'il n'y a pas d'acte, mais un simple échange de lettres, on doit s'en tenir à la loi du lieu, en vertu de laquelle l'acte peut produire effet. Seulement, en ce qui concerne les contrats ayant pour objet la propriété, la possession ou l'usufruit des biens immobiliers, on dispose qu'il faut observer, pour la forme, la *lex rei sitæ*.

[1] Cette règle se trouvait en effet constamment reconnue dans les arrêts du Parlement de Paris, d'après l'autorité de Gail. Parmi les arrêts les plus anciens on cite celui du 15 janvier 1721, dans l'affaire du testament de Pomereu. Voir Asser, *Droit international privé*, p. 60.

221. — Dans la loi néerlandaise, la règle *locus regit actum* est consacrée dans l'article 10 des dispositions générales, dans des termes tout à fait vagues et indéterminés. En effet, cet article est ainsi conçu : « La forme de tous les actes « est réglée d'après les lois du pays ou du lieu où ils ont été « faits ou stipulés. » Par suite de ce défaut de détermination exacte de l'idée juridique de la forme de l'acte, des auteurs estimés, tels qu'Asser ont reconnu la nécessité de distinguer les formalités qui concernent l'état et la capacité des personnes ou qui exercent une influence sur elles, de celles qui n'ont pas ce caractère, et de considérer les dispositions de ce code contenues dans les articles 138 et 139, qui règlent les conditions de la validité du mariage contracté par des Néerlandais en pays étrangers, comme une exception à la disposition générale de l'article 10.[1]

222. — Cela nous confirme dans l'idée, que nous avons déjà manifestée que, même à notre époque, on ne trouve pas une théorie généralement admise et certaine sur la portée de la règle, qui peut être admise dans de justes limites, mais non être étendue à ce qui concerne l'état et la capacité des personnes, qui doivent être régis par des principes distincts. On ne devrait pas même discuter la question de l'application de la loi locale à cet état et à cette capacité, parce que l'on doit absolument écarter du droit moderne la conception féodale, d'après laquelle la personne était considérée comme une dépendance du territoire et soumise comme telle à l'empire de la loi locale. Aussi bien dans la théorie où l'on fait dépendre le statut personnel de la loi de l'État, que dans celle où on le fait résulter de la loi du

[1] L'article 138 du Code civil néerlandais dispose, que le mariage contracté en pays étranger, soit entre Néerlandais, soit entre Néerlandais et étrangers, est valable, s'il est célébré dans la forme en usage dans ce pays, pourvu que les publications de mariage aient été faites sans oppositions dans le royaume, conformément à ce qui est disposé dans la section 2e du titre du mariage.

domicile, les auteurs modernes ne devraient pas se demander si les relations d'état personnel ou celles concernant la capacité pourraient ou non tomber sous l'application de la règle *locus regit actum*, parce qu'on est ainsi amené à perpétuer la confusion relative à la portée de cette règle. Il vaudrait mieux poser la question de savoir si l'on doit admettre un statut personnel, ou si l'on doit, au contraire, reproduire la théorie féodale, et par suite considérer la personne comme un accessoire du sol. En acceptant un système, quel qu'il soit, sur la loi dont doit dépendre le statut personnel, il ne peut plus y avoir lieu de discuter si ce statut peut dépendre de la loi locale.

Pour éviter toute confusion, on doit considérer comme indispensable, que les législateurs, lorsqu'ils veulent poser un principe général relatif à la forme des actes, mettent tous leurs soins à écarter l'équivoque et à préciser les limites dans lesquelles la loi doit être appliquée. Il vaudrait certes mieux ne formuler aucune règle législative que d'adopter la vieille maxime *locus regit actum*, sans en préciser la portée. Etant du reste donné que les limites précises de cette maxime ne se trouvent ni dans la doctrine, ni dans la tradition, si elles ne se rencontrent pas non plus dans la loi, il en doit résulter inévitablement, que la confusion se perpétue.

223. — Cet inconvénient ne se rencontre pas dans le système du Code civil italien, parce que notre législateur ne s'est pas borné à consacrer la règle relative à la forme des actes, en employant une formule vague et indéterminée, mais a, par des dispositions spéciales, formulé les règles générales du droit international privé. Une de ces règles est celle qui concerne les formes des actes, à l'égard desquelles il a ainsi disposé : « *Les formes extrinsèques* des ac-« tes entre vifs et de dernière volonté sont déterminées par « la loi du lieu où ils sont faits. »[1]

[1] Art. 9 des dispositions générales du Code italien.

Dans le système de notre Code, il ne peut être question de savoir si la règle peut concerner même les formes habilitantes, le contenu et les conditions intrinsèques des actes, les moyens de preuve ou les modes d'exécution. Nous avons déjà dit que notre législateur établit, en ce qui concerne ces questions spéciales, des règles particulières dans d'autres articles, et même dans l'article 9. Or, comme il faut toujours rapprocher toutes les parties de la même loi, en le faisant pour la règle relative à forme des actes, il en résulte qu'elle est claire et précise. La question se trouve restreinte sur son vrai terrain, les *formes extrinsèques*, c'est-à-dire les formes légales extérieures, qu'il faut observer pour que l'acte ait une existence légale. C'est dès lors, en ce qui concerne seulement ces formalités que l'on peut appliquer la maxime traditionnelle *locus regit actum.*

224. — Ainsi, par exemple, s'il s'agissait d'une vente conclue à l'étranger, on ne pourrait jamais, par application du Code civil italien, soutenir que le contrat pût être soumis à la loi du lieu où il aurait été conclu, soit pour son contenu, soit pour la capacité des parties, soit pour les formes requises pour habiliter un incapable (par exemple l'assistance du curateur ou l'homologation du tribunal), soit pour les formalités requises pour rendre la vente valable à l'égard des tiers (comme par exemple la transcription), soit pour les conditions indispensables pour le transfert de la propriété immobilière, soit pour toutes autres questions du même genre. En effet, ces questions ne peuvent pas être considérées comme régies par la loi du lieu où le contrat de vente a été passé, parce qu'elles ne sauraient être considérées comme ayant pour objet les formes extrinsèques du contrat. Par conséquent, la règle consacrée par le législateur italien peut seulement s'appliquer aux formalités légales requises pour la stipulation légale du contrat de vente.

Dans le cas spécial du transfert valable de la propriété d'un immeuble situé en Italie, les parties doivent rédiger

un acte écrit, et elles ne peuvent, à cet égard, déroger à notre législation, parce que les conditions intrinsèques pour le transfert valable de la propriété immobilière ne peuvent, comme nous l'avons déjà dit, être considérées comme des formalités extrinsèques. Toutefois, comme les parties peuvent choisir entre l'acte public et l'acte sous seing privé, les formes requises pour donner une existence légale à l'acte écrit devront dépendre de la loi du lieu où il sera passé. C'est dès lors, d'après cette loi, que l'on devra décider quel est l'officier public appelé à donner le caractère d'authenticité à l'acte, quelles sont les formes légales de l'acte sous seing privé, en combien d'originaux il devra être rédigé, si cet acte devra être fait en présence de témoins et comment il devra être signé.

225. — Le système consacré par le législateur italien est, à notre sens, celui qui correspond le mieux aux principes généraux du droit et qui trouve son fondement dans la nature des choses. Nous admettons dès lors complètement le principe de ce système, et renvoyant en son lieu la discussion relative à toute controverse qui ne se rattache pas exactement à la matière de la forme extrinsèque, nous nous bornerons à examiner les difficultés, qui peuvent se présenter dans l'application ainsi restreinte de la règle, *locus regit actum*.

226. — Nous devons dire avant tout que, même dans l'hypothèse où la loi positive d'un pays consacrerait la maxime relative aux formes extrinsèques, (ainsi que l'a fait le législateur italien), cette disposition ne pourrait être considérée que comme une règle tracée aux juges de ce pays pour apprécier la forme des actes. Par conséquent, comme aucun législateur ne peut formuler de règles de droit international, la règle de droit positif relative aux formes ne pourrait pas être invoquée dans le pays étranger où l'acte devrait produire effet, s'il y existait des lois différentes.

Ainsi, aux États-Unis d'Amérique et dans la Grande-Bretagne, où l'on admet la règle que les actes, quelle qu'en soit la nature, relatifs à l'acquisition de droits immobiliers, doivent être passés, même en ce qui concerne les formes extrinsèques, d'après la loi du lieu de la situation des immeubles, on ne pourrait pas invoquer utilement la maxime consacrée par le législateur italien, pour faire considérer comme valable à l'étranger un acte fait en Italie conformément à la loi italienne.

Il serait étrange de supposer, que le législateur italien ait eu l'intention de faire la loi au monde. Nous ajouterons que, si un Italien voulait passer des actes relatifs à des immeubles situés dans ces États, et se conformait à notre loi, au lieu de suivre celle de la situation de l'immeuble, il ne pourrait pas soutenir que cet acte, nul pour défaut de forme d'après la loi anglaise, devrait être considéré comme valable pour les magistrats italiens en vertu de l'artticle 9 des dispositions préliminaires de notre Code civil.

Le magistrat italien, qui serait par aventure appelé à connaître de la valeur d'un tel acte, devrait tenir compte du droit territorial, puisque notre législateur a admis en principe, que les immeubles doivent être soumis à la loi locale. Or, étant donnée la disposition de la loi anglaise, que les contrats et les actes qui ont pour objet la propriété des immeubles ou des droits réels doivent être passés, quant à la forme, conformément à la loi territoriale, [1] on ne pourrait pas soustraire les immeubles existant en Grande-Bretagne à l'empire de la loi en vigueur dans ce pays, ni admettre que les dispositions de la loi italienne pussent avoir pour effet de régler les formes légales requises pour les actes relatifs à ces immeubles.

[1] Ce principe s'applique rigoureusement, même aux citoyens qui passent des actes dans les différentes parties du royaume britannique soumises à des lois différentes. Tel serait, notamment le cas d'un anglais qui conclurait en Ecosse un acte relatif à un immeuble situé en Angleterre. —Story, *Conflicts of Laws*, §§ 363-364 ; Wheaton's, *Reports*, T. VII, n° 115 ; — Wharton, *Private international Law*, § 689.

De là il résulte, qu'il faut admettre en principe que la règle consacrée par chaque législateur en ce qui concerne la forme des actes peut être efficace, lorsqu'il s'agit d'apprécier l'acte fait par des étrangers sur le territoire soumis à l'empire de ce législateur, ou l'acte fait à l'étranger, mais qui doit produire effet dans l'État.

227. — Les juristes ont discuté sur la valeur impérative du principe *locus regit actum*. Certains ont été d'avis que les parties ne pouvaient jamais déroger à cette règle de droit international coutumier, si elles voulaient faire un acte partout valable quant à la forme. D'autres, au contraire, ont soutenu, que l'observation des formes prescrites par la loi locale étant une faveur pour les parties, il devait leur être permis d'y renoncer, en observant les formes prescrites par la loi du lieu où l'acte devrait produire effet, ou celles édictées par la loi de leur patrie commune, à supposer qu'elles appartiennent toutes au même État.

228.—Il nous semble que les citoyens, qui passent un acte dans leur pays, sont tenus d'observer quand à la forme, la loi qui y est en vigueur, même lorsque l'acte doit être exécuté à l'étranger. Les lois de l'État obligent toujours le citoyen, et celui-ci ne pourrait jamais se soustraire à l'observation des principes qui règlent la forme des actes, à moins que l'objet de la convention ne fût une chose située dans un pays étranger, où la loi en vigueur prescrirait nécessairement certaines formes particulières pour la validité des conventions relatives à cette chose.

Dans le cas où les contractants seraient à la fois étrangers et citoyens du même État, on ne devrait pas leur interdire de suivre les formes prescrites par la loi de cet État. Cette règle se trouvait admise en droit romain, où l'on accordait aux pérégrins la faculté de contracter dans les formes permises exclusivement par leurs lois et leurs usages nationaux.[1]

[1] Gaius, lib. III, § 134.

Nous la trouvons aussi admise par les auteurs du moyen-âge. *Si inter duos celebratur verbi gratia, pactum, et uterque paciscens sit externus et unius civitatis civis, dubitandum enim non est, actum a talibus secundum leges patriæ factum in patria valere.* [1]

De même en France, il a été décidé que le principe *locus regit actum* n'est pas applicable à deux étrangers, qui y ont fait un acte dans les formes prescrites par la loi de leur patrie commune. [2]

En Italie, le principe se trouve consacré dans l'article 9 des dispositions préliminaires du Code civil, qui laisse aux disposants ou aux contractants la faculté de suivre les formes de leur loi nationale, pourvu que celle-ci soit commune à toutes les parties.

Il peut s'élever quelques difficultés, alors que la convention est conclue dans un pays entre un citoyen et un étranger, dans la forme du lieu où la convention doit être exécutée. Si l'acte est synallagmatique, comme il comporte une obligation réciproque, il ne peut pas être obligatoire pour l'un sans l'être pour l'autre. Dès lors, si l'étranger était valablement obligé d'après les lois de son pays, où il devrait exécuter son engagement, le national qui voudrait le contraindre à l'exécution ne pourrait pas, pour ne pas accomplir sa propre obligation, soutenir que l'acte ne serait pas valable quant à la forme d'après les lois de sa patrie. Si l'acte était unilatéral, l'étranger qui aurait contracté une obligation d'après les formes requises par sa loi, ne pourrait pas s'exempter de l'accomplir dans son propre pays. Si le national avait contracté dans son pays en faveur d'un étranger une obligation à exécuter à l'étranger, et n'avait pas suivi les formes établies par la loi, à laquelle il était uniquement soumis, lorsqu'il serait cité en justice à l'étranger pour l'exécu-

[1] Hertius, *De collisione legum*, n. 10, compar. : Voët, *De Statut*, sect. IX, Ch. IX, nº 2 ; — Voët, *Ad Pandect.*, lib. IV, 2ᵉ part., nº 15 ; — Rodemburg, *Tractat. prel.*, tit. XI, cap. III.

[2] Rej. 19 mai 1830 (Taafle), *Pasicrisie*.

tion de la convention, il pourrait opposer la nullité, qui résulterait de l'inobservation des formes requises par la loi de sa patrie. [1]

Supposons finalement, que des parties au contrat, les unes soient des citoyens, les autres des étrangers, et que l'acte soit valable quant à la forme d'après la loi étrangère, et non valable aux termes de la loi du lieu où l'acte aurait été passé. S'il s'agissait d'un contrat synallagmatique, il ne pourrait pas être obligatoire pour les uns sans l'être également pour les autres, et par conséquent ceux qui seraient citoyens de l'État, dont la loi n'aurait pas été observée, ne pourraient pas invoquer à leur profit la nullité du contrat, en soutenant qu'il devrait rester valable à l'égard des autres. Le contrat emportant une obligation réciproque, ne saurait produire effet à l'égard des uns, sans être opposable aux autres. Toutefois, dans le cas d'une obligation unilatérale, si les coobligés étaient les uns citoyens de l'État, dont on n'aurait pas observé la loi relativement à la forme, et les autres étrangers, et si l'acte pouvait être déclaré nul pour vice de forme, les coobligés nationaux pourraient se prévaloir de la loi locale pour faire déclarer de ce chef la nullité de l'obligation par eux contractée. Toutefois, il n'en résulterait pas que l'acte dût être considéré comme nul à l'égard

[1] Nous avons trouvé une juste application de cette règle par la Cour de Cassation de Turin, à propos d'une constitution de dot purement verbale faite à Milan en 1869 (alors que le Code civil italien y était en vigueur) en faveur d'un individu de la province de Mantoue, où était en vigueur le Code civil autrichien, dont le § 34 reconnaît comme valable une constitution de dot purement verbale. La Cour de Cassation a décidé, que l'acte devait être réputé nul pour vice de forme, parce que, soit que l'on voulût considérer l'authenticité des actes comme une condition extrinsèque et substantielle, soit qu'on voulût la considérer autrement, on arriverait toujours à la même conclusion, que la constitution de dot faite par un Italien sous l'empire du Code italien dans une ville du royaume ne peut être valable, que lorsqu'elle est, quant à la substance et quant à la forme, conforme aux dispositions du Code civil en vigueur. Du reste, ce Code, aux articles 1314 à 1382, impose la forme authentique à peine de nullité pour le contrat de mariage. — Cass. de Turin, 27 mars 1885. (*La Legge*, XXV, p. 66.).

des autres coobligés, qui auraient observé la loi de leur patrie, si aux termes de celle-ci l'acte pouvait être considéré comme valable.

229. — Certains auteurs ont soutenu une opinion, qui conduit à exclure l'application de la règle *locus regit actum*, dans le cas où les parties se sont rendues à l'étranger dans le but de faire fraude à la loi de leur patrie relative aux formes.

Cette théorie ne nous semble pas justifiable, parce que la question de nullité des actes est en elle-même très grave, et que l'on ne doit jamais admettre qu'ils puissent être déclarés nuls par suite de présomptions ou de simples conjectures, puisqu'il faut au contraire toujours s'en tenir rigoureusement aux règles formellement établies par le législateur. Certainement, si la loi édictait la nullité pour les actes faits à l'étranger *in fraudem legis*, une fois la fraude prouvée, on ne pourrait se dispenser de les déclarer nuls, mais à part ce cas, la nullité ne serait pas soutenable.

230. — Actuellement, nous allons examiner une autre question par elle-même très grave, qui divise les auteurs. C'est celle relative à la portée et à l'application de la règle *locus regit actum*, en ce qui concerne la nécessité des actes sous seing privé ou authentiques.

Les lois positives considèrent la forme authentique comme indispensable pour la validité de certains actes. Ainsi, par exemple, d'après le Code civil français (art. 334) la reconnaissance du fils naturel ne peut avoir lieu que par acte authentique ; il en est de même pour tout acte contenant une donation entre vifs, (931), et pour toute convention matrimoniale (art. 1394). Or, étant données certaines législations qui admettent que ces mêmes actes peuvent être faits valablement sous une autre forme, pourra-t-on utilement invoquer l'application de la règle *locus regit actum*, pour soutenir la validité de ces mêmes actes, bien que non passés dans

la forme authentique formellement requise aux termes de la loi française ?

Duranton est d'avis, que la règle ne saurait s'appliquer pour rendre valable un acte sous signature privée, dans les cas où la loi exige sous peine de nullité l'acte authentique. Il dit, pour soutenir cette opinion, que la règle *locus regit actum* a été admise par nécessité, qu'elle doit être restreinte dans les limites du nécessaire, et que la condition de l'authenticité pouvant toujours être remplie en pays étranger, cette condition devrait toujours être appréciée d'après la loi du lieu où l'acte serait accompli ; mais que les formes de l'authenticité devraient être observées, parce qu'il n'existe aucune raison pour s'en exempter lorsqu'on y est contraint.[1]

231.—Zachariæ soutient une opinion contraire, et n'admet pas même partiellement les raisons invoquées par Duranton en ce qui concerne les Français qui se trouvent en pays étranger.[2] Il dit que le contrat de mariage sous seing privé passé à l'étranger entre un français et une étrangère et même entre un français et une française est valable en France, si la loi du pays où il a été conclu n'exige pas l'acte authentique. De même, d'après lui, les donations faites par acte sous seing privé dans un pays où la loi se contente d'un tel acte, sont valables même pour les immeubles situés en France, sans qu'il y ait lieu de distinguer si elles ont été faites par un étranger ou par un français, et en faveur d'un français ou d'un étranger.

232. — Demolombe soutient aussi, que la différence entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé est uniquement une différence de forme. Donc, la forme de l'écriture privée, dans un pays où l'on admet cette forme pour un acte donné, doit équivaloir à la forme authentique dans un au-

[1] Duranton, *Cours de Droit civil français*, T. I, n° 91, p.95 ; Voir aussi Laurent, *Droit civil*, T. I, n° 99.

[2] *Droit civil*, § 31. V. Introduction.

tre pays où l'on exige l'authenticité pour le même acte. En effet, cette différence n'est pas intrinsèque, mais extrinsèque: elle concerne la forme et non le fond, elle tombe dès lors sous l'empire de la règle *locus regit actum.* [1]

Tous les arguments qui ont été invoqués par les autres partisans de cette même opinion se résument de la façon suivante. On a dit tout d'abord, que le fait de décider si un acte peut ou non être rédigé sous seing privé est une pure question de forme. On a ajouté que le but le plus important de la règle *locus regit actum*, c'est-à-dire celui de protéger la bonne foi des parties ne serait pas atteint, si l'on ne considérait pas comme valable un acte fait dans la forme privée permise par la loi du lieu, uniquement parce que cette forme serait interdite par l'autre loi, dont les dispositions sur les formes légales de l'acte n'ont pu être connues d'une façon certaine par les parties, malgré leurs recherches, au moment de l'accomplissement de l'acte. [2]

233. — Parmi les auteurs italiens, Bianchi admet la théorie, que l'on doit observer en tout point, quant à la forme extrinsèque, la loi du lieu où l'acte est passé, à moins qu'il n'existe une disposition formelle contraire. Cet auteur, rapprochant ensuite l'article 9 de l'article 12 des dispositions préliminaires du Code civil italien, dit que lorsque la disposition prescrivant la forme authentique a le caractère de loi prohibitive, elle est obligatoire même pour les actes passés à l'étranger, et que par conséquent lorsque les lois italiennes défendent, sous peine de nullité, de faire un acte déterminé sous forme sous seing privé, cette disposition devra être observée, même si l'acte est passé à l'étranger où il serait permis de le faire sous forme privée, sauf cependant à passer l'*acte public* dans les formes prescrites par les lois

[1] *Cours du Code Napoléon*, T. I, n° 106, p. 129.
[2] Marcadé, art. 3, § 8, i. f., T. I, n° 79; Merlin, *Répert.*, V° *Testament*, sect. 2, § 4, art. 1, n° 3 ; Demangeat, *Code des étrangers*, p. 342: Fœlix, n° 79.

locales. De là, il conclut qu'une donation de biens situés en Italie, qui serait faite par acte sous seing privé dans un pays où l'acte public ne serait pas exigé devrait néanmoins être considérée comme nulle.[1]

Borsari n'a pas d'opinion bien déterminée.[2]

234. — Pour nous, il ne nous semble pas que l'une ou l'autre de ces deux opinions puisse être admise dans un sens absolu et sans certaines distinctions, distinctions qu'à notre sens il faudrait établir en se plaçant à un autre point de vue.

Nous trouvons, jusqu'à un certain point, exact ce que dit Demolombe, que la différence entre l'*acte privé* et l'*acte authentique* est une différence de forme, et qu'en principe l'on doit admettre, que non seulement la règle *locus regit actum* doit être appliquée pour décider si l'on a observé les formalités prescrites pour attribuer à l'acte le caractère authentique, mais que la nécessité même de l'authenticité, considérée comme condition nécessaire pour donner une existence juridique à l'acte, doit être déterminée d'après la loi en vigueur au lieu où l'acte doit recevoir son exécution.

235. — Cependant, la question de la forme privée ou publique de l'acte peut être considérée à un autre point de vue, c'est-à-dire comme un mode de manifestation volontaire du consentement, et ainsi considérée, elle ne peut pas être résolue de la même manière qu'une simple question de forme extérieure.[3]

[1] Bianchi, *Elementi di diritto civile*, VI, I, S. 181, p. 298.

[2] *Commentaire* sur l'art. 9, § 65 : Compar. Lemonoco, *Diritto civile internazionale*, Chap. VII, 2, p. 181.

[3] Pour nous, nous inclinons à penser que, lorsque la loi nationale prescrit la forme authentique, les parties peuvent toujours se servir de la forme du sous seing privé dans un pays étranger où cela est permis. En effet, on doit présumer que les parties se sont conformées de bonne foi à la législation locale, et il serait excessif, sous prétexte d'assurer la liberté de leur consentement, de réduire à néant leur manifestation de volonté, parce qu'elle n'a pas été manifestée devant un officier public. (Note du traducteur Ch.A.).

236. — Quand, par exemple, le législateur italien, dans l'article 181 du Code civil, a exigé sous peine de nullité l'acte authentique pour la reconnaissance d'un enfant naturel, il n'a pas voulu régler seulement la forme extérieure de l'acte de reconnaissance; mais aussi déterminer quand le consentement peut être considéré comme légitimement manifesté. C'est pour garantir l'indépendance de la volonté et la pleine liberté de l'auteur de la reconnaissance : c'est pour prévenir toutes les surprises ou les manœuvres dans un acte de l'état civil aussi important, que notre législateur a imposé l'acte authentique. La reconnaissance produit d'importantes conséquences dans les rapports de famille et dans le régime du patrimoine de la famille, et la déclaration du père, qui est le titre de l'état civil de la filiation naturelle, ne pouvait pas être abandonnée à la fragile garantie de l'acte sous seing privé.

Il nous semble dès lors évident, que si l'on voulait invoquer contre un Italien un acte de reconnaissance fait par lui dans un pays, où l'acte de reconnaissance sous seing privé serait valable au même titre que l'acte authentique, et si l'on voulait invoquer à l'appui d'une telle prétention la règle de droit international consacrée par le législateur italien dans l'article 9 du titre préliminaire du Code civil italien et l'autorité des auteurs, ces arguments devraient être écartés. Il faut, en effet, mettre la disposition de l'article 9 en harmonie avec celles des autres articles. Dans l'article 6, notre législateur dispose que les rapports de famille sont réglés par la loi nationale. Or si, pour établir le rapport de filiation entre le fils naturel et son père, il est indispensable, d'après la loi italienne, que la déclaration de paternité de la part du père soit faite par acte authentique, comment admettre la validité, à cette fin, de l'écriture privée ? Il est clair qu'il n'y aurait pas de consentement légitimement manifesté.

Supposons au contraire que le père d'un fils naturel né d'une mère italienne soit étranger, que sa loi nationale ne lui impose pas l'obligation de l'acte authentique pour la va-

lidité de la reconnaissance, et qu'il ait reconnu son fils par un acte sous seing privé. Pourrait-on attaquer cet acte de reconnaissance, en invoquant l'argument de Bianchi, que lorsque les lois du royaume défendent à peine de nullité de faire un acte déterminé sous signature privée, une telle disposition est impérative, même pour les actes passés à l'étranger? Il ne nous le semble pas. Nous répétons que la forme privée ou authentique, ou bien est considérée comme requise pour la manifestation légitime du consentement et doit dépendre de la loi à laquelle la personne est soumise, ou bien est envisagée indépendamment de ce point de vue, et tombe sous l'empire de la règle *locus regit actum*, et que par conséquent l'article 181 du Code civil italien ne serait applicable à aucun de ces deux points de vue.

237. — On pourrait faire le même raisonnement pour les contrats de mariage stipulés par acte sous seing privé. Un Italien qui contracterait mariage avec une étrangère dans un pays étranger où, par hypothèse, on pourrait faire des contrats de mariage sous signatures privées, ne pourrait pas valablement passer ainsi une telle convention. Les rapports de famille dérivent du mariage et du contrat de mariage, par lequel on pourvoit à l'avenir de la famille, et comme les conjoints italiens ne peuvent pas se soumettre à une loi étrangère pour l'établissement du régime de leurs biens, ils ne peuvent dès lors pas, en se conformant à une loi étrangère, régler par un acte sous-seing privé le régime de leurs biens [1]. Mais, si au contraire, il s'agissait d'un étranger qui épouserait une italienne et qui, d'après la loi de son pays, pourrait faire un contrat de mariage sous seing privé, et si cet étranger avait usé de cette faculté, pourrait-on soutenir que le contrat de mariage ainsi fait devrait être considéré comme sans valeur à l'égard des immeubles situés en Italie et ce par application

[1] *Contrà*, Parme 23 mars 1883, *Monitore dei Tribunali* de Milan, 1883, p. 550.

de l'article 1382 du Code civil italien? Il ne nous le semble pas. Un tel contrat devrait incontestablement être transcrit conformément aux dispositions de notre loi, mais ne pourrait pas être considéré comme nul.

238. — Pour la donation, nous n'admettons pas, pour les mêmes raisons, l'opinion absolue de Bianchi, d'après laquelle on doit considérer un tel acte fait sous signatures privées comme nul, même lorsqu'il est passé dans un pays étranger où l'acte authentique ne serait pas nécessaire. Nous n'admettons pas non plus l'opinion de Zachariæ, qui prétend que les donations peuvent être valablement faites à l'étranger par acte sous seing privé pour les immeubles situés en France, et que peu importe qu'elles soient faites par un étranger ou par un français et en faveur d'un français ou d'un étranger. Il nous semble que, pour la solution de la question, conformément à la loi italienne, il est nécessaire de considérer que, notre législateur ayant disposé que la substance des donations doit être réglée par la loi nationale des disposants, s'il s'agissait d'une donation faite par un Italien ou par un étranger d'un pays dont la loi serait conforme à la nôtre, le consentement ne pourrait être considéré comme valablement manifesté, que lorsque la donation aurait été faite par acte authentique. Au contraire, lorsqu'il n'existerait dans la législation du donateur aucune disposition conforme à celle de l'article 1056 du Code civil italien, nous sommes d'avis que la donation par acte sous seing privé, dans les formes prescrites par la loi locale, serait valable, même pour les immeubles situés dans le Royaume.

239. — Toutefois, il faudrait ajouter aux règles que nous venons d'exposer, que lorsqu'un citoyen se trouvant à l'étranger aurait été dans l'impossibilité d'observer la forme authentique requise par la loi, et que cela résulterait, soit de l'acte lui-même, soit de preuves extrinsèques ou des circonstances, l'acte fait dans les formes de la loi locale devrait être

reconnu valable. La maxime *locus regit actum* est, en effet, admise par tout le monde comme une règle de droit international coutumier, et d'autre part la loi personnelle ne pourrait pas exercer son empire sur une personne qui se trouverait en pays étranger dans l'impossibilité d'en observer les prescriptions. On doit dire en outre qu'il serait contraire à l'équité de déclarer nulle une reconnaissance loyale, spontanée et sincère, lorsqu'il y aurait eu une impossibilité absolue d'agir autrement.

Supposons, par exemple, qu'un français se trouve dans un pays barbare où il n'existe pas d'officiers publics pour la rédaction des actes, ni d'autorités pour donner à l'acte le caractère authentique, et que ce Français veuille accomplir ses devoirs envers son fils naturel en le reconnaissant comme sien. Dans le cas où l'impossibilité absolue de faire un acte authentique serait établie par des moyens de preuves sérieux, et qu'il serait ainsi établi que l'auteur de l'acte ne se serait pas trouvé dans la possibilité de refaire la reconnaissance par un acte authentique, alors que la loyauté, le caractère spontané et la sincérité de cette reconnaissance résulteraient des circonstances, on devrait remettre à la prudente discrétion du juge de déclarer une telle reconnaissance valable. Il peut y avoir des conditions tout-à-fait exceptionnelles, dans lesquelles le droit commun cesse d'être applicable et où l'on doit appliquer le droit naturel. Or il nous semble que le français qui se trouve dans des régions barbares et inhospitalières doit être réputé sous l'empire de la loi naturelle, puisque, dans l'hypothèse que nous avons imaginée, les dispositions de la loi écrite font défaut.

240. — Une autre question a été aussi agitée, celle de savoir si les personnes, qui font des actes en Turquie ou bien en d'autres pays, où en vertu des capitulations on admet le privilège de l'exterritorialité, peuvent se prévaloir de la règle *locus regit actum*.

Cette difficulté résulte de l'exagération de la théorie de

l'exterritorialité, en vertu de laquelle on a cru pouvoir considérer le district consulaire de l'État comme une partie de son territoire et regarder les actes entre vifs qui y sont faits comme régis par les règles applicables à ceux passés sur le territoire de l'État. Du reste, cette doctrine n'est pas justifiable d'après les principes généraux du droit moderne en matière d'exterritorialité. On ne peut en effet soutenir que les Italiens ou les Français résidant dans l'empire ottoman se trouvent dans la même condition juridique que les citoyens demeurant sur les territoires français ou italien, et l'on ne saurait prétendre que les faveurs dont ils peuvent jouir en vertu des capitulations leur aient ôté la faculté d'observer, quand ils le veulent, la loi locale relative aux formes, en ce qui concerne les actes par eux passés en Turquie.

Aussi la Cour de cassation de Turin a décidé avec raison dans l'espèce spéciale d'un acte de mariage, que la règle proclamée dans l'article 9 est applicable aussi aux citoyens italiens résidant dans l'empire ottoman, et que cela n'est contraire ni aux capitulations en vigueur entre le Royaume d'Italie et la Turquie, ni à la fiction de l'exterritorialité, qui en résulte en faveur des Italiens résidant en Turquie, ni aux dispositions de la loi consulaire italienne. [1] La même théorie avait été consacrée précédemment par la Cour de cassation française. [2]

241. — Certains auteurs sont d'avis d'appliquer des règles spéciales en ce qui concerne les actes accomplis par le ministre accrédité près d'un gouvernement étranger et ceux accomplis dans l'hôtel de ce même ministre. Ils ont dit que le ministre ainsi que sa suite, jouissant du privilège de l'exterritorialité et l'hôtel de la légation bénéficiant du même privilège, les actes accomplis par le ministre et par les per-

[1] Cass. de Turin, 29 juillet 1870, Lombardi c. Armao, *Monitore dei Tribunali*, 1870, 749. *Contrà* Cass. de Naples, 7 février 1870 (Del Balzo), *Gazetta Proc.* 1870, 8.

[2] Cass. française, 18 avril 1865 (Stie Powitch), *Dalloz*, 65, I, 342.

sonnes de sa suite, ainsi que ceux passés dans l'hôtel de la légation devaient, par suite d'une fiction juridique, être réputés faits dans l'État représenté par le ministre. Cette théorie est admise par Fœlix, [1] par Meier et d'autres auteurs cités par Fœlix. Ce même auteur admet que les ministres étrangers peuvent, s'ils le veulent, observer la loi du lieu de leur résidence.

Cette doctrine n'est pas bien fondée en droit. Nous avons démontré longuement dans un autre ouvrage, [2] que le privilège de l'exterritorialité n'est pas soutenable avec les exagérations avec lesquelles il a été entendu. On ne peut pas, en effet, admettre que le ministre qui réside à l'étranger et les personnes qui l'accompagnent doivent être considérés comme résidant dans l'État, dont le ministre est le représentant, et que l'hôtel de la légation soit comme un État dans l'État. Le ministre italien qui réside à Paris, à Londres, ou à Berlin est, pour les actes civils, dans les mêmes conditions que tout fonctionnaire public qui se trouve en pays étranger. Par conséquent, il pourra suivre les formes prescrites par la loi italienne, s'il fait un acte unilatéral valable en Italie, ou s'il passe avec d'autres Italiens un acte bilatéral exécutoire dans notre pays ; mais on ne peut pas dire qu'il soit en dehors du droit commun et que la règle *locus regit actum* ne lui soit pas applicable comme à toute autre personne.

Quant aux actes passés dans l'hôtel de la légation, ce serait une erreur manifeste de les considérer comme faits en Italie, et ce par application de la fiction juridique de l'exterritorialité. C'est un véritable contre-sens juridique d'admettre que l'hôtel de notre ambassadeur ou celui de l'ambassadeur de France à Londres fasse partie du territoire italien ou du territoire français, ce qui conduirait à supposer que sur le territoire français ou sur le territoire anglais il y

[1] Voir Fœlix, *Droit international privé*, T. I, § 82 et 210.
[2] Voir notre *Nouveau Droit international public*, IIe édit., T. II, § 1222 et suiv. et notre monographie dans le *Digesto italiano*, V° *Agenti diplomatici*, § 180 et suiv., 265 et suiv.

eût une étendue de pays, restreinte il est vrai, mais soumise à la souveraineté italienne ou à la souveraineté française, et qui serait assimilée aux territoires italien et français, ou aux dépendances de ces pays. Le droit moderne répugne à de telles anomalies, parce qu'il n'est ni admissible d'après les principes du droit, ni conforme à la nature des choses de transformer l'hôtel du ministre étranger en un petit État étranger.[1]

Nous concluons en disant qu'il n'existe aucune raison pour déroger aux principes généraux relativement à l'application de la règle *locus regit actum* et que, même en admettant que les citoyens puissent passer un acte dans l'hôtel de la légation en observant la loi de leur patrie, à notre sens, si les parties étaient citoyens de pays différents, on devrait s'en référer aux règles que nous avons posées précédemment pour déterminer la loi qui doit régir la forme de l'acte.

242. — Les règles que nous avons exposées doivent s'appliquer aux actes de toute nature, dont dérivent des rapports juridiques, et dès lors non-seulement aux contrats, mais aux actes de disposition entre vifs, aux actes de l'état-civil et même aux mesures de juridiction gracieuse. Nous devons toutefois répéter ce que nous avons dit dès le principe, que les règles par nous exposées peuvent s'appliquer uniquement aux formalités extrinsèques, et qu'il ne faut pas confondre avec ces dernières les formalités requises pour rendre l'acte valable à l'égard des tiers, ou pour procéder à l'exécution de ce même acte. On devra, par conséquent, toujours appliquer la loi territoriale relativement à la transcription, l'inscription et le renouvellement de l'hypothèque, et relativement à tout ce qui concerne la publicité des actes et les formalités requises pour rendre l'acte judiciairement efficace, telles que notamment l'enregistrement, la légalisation des signatures, la grosse revêtue de la formule exécutoire.

[1] Voir *Digesto italiano*, V° *Agenti diplomatici*, § 243 et suiv.

243. — Il est clair, du reste, que c'est à celui qui veut se prévaloir de la validité de l'acte en vertu de la règle *locus regit actum*, à fournir la preuve que cet acte a été passé dans le lieu, à la loi duquel il entend se référer. Cela est facile pour les actes authentiques. Il suffit que la partie, qui soutient l'authenticité de l'acte, prouve que l'officier étranger par qui il a été reçu avait l'autorité nécessaire pour lui donner le caractère authentique, et que la signature de cet officier soit attestée et légalisée par un autre officier public digne de foi pour le gouvernement sur le territoire duquel on veut exécuter l'acte. Pour les actes privés, la chose peut présenter certaines difficultés, mais la date, la déclaration des parties, les preuves extrinsèques et les circonstances peuvent dissiper tous les doutes.

244. — Nous trouvons dans la jurisprudence différentes applications des règles que nous avons exposées. Disons notamment que la règle a été appliquée à la forme des actes sous seing privé pour décider si l'indication en lettres et en entier était ou non nécessaire [1], aux usages en vigueur sur la place où devait être exécutée l'obligation et au mode d'exécution [2], à la forme du rapport fait par le capitaine en cas d'avaries, aux certificats dont le dit rapport devrait être accompagné pour être opposable aux assureurs [3], au mode d'exécution du paiement [4], à la constitution du gage au moyen de l'endossement du connaissement [5], au mode de constater le refus d'acceptation et de paiement [6], à la forme des protêts pour leur validité [7], à la forme du contrat de commis-

[1] Voir C. de cass. de Naples, 30 mars 1866 (d'Avalos), *Annali di Giurisprudenza*, 1866, 1867, 1, 329.
[2] Marseille, 8 oct. 1844 (Mustapha), *Journal de Marseille*, 24, 1, 30.
[3] Bordeaux, 6 mai 1865 et cass. française 1er février 1862 (Assureurs C. Vasquez), *Journal de Marseille*, 1862, 2, 3 et 145.
[4] Gênes, 30 novembre 1860 (Gianmello), *Caveri*, 1, 2, 15.
[5] Livourne, 17 septembre 1834 (Senn), *Nervini*, p. 32.
[6] Gênes, 22 juin 1871 (Oreggio), *Gazetta del Procuratore*, 72, 524.
[7] Marseille, 20 fév. 1837 (Homble), *Journal de Marseille*, 1837.

sion [1], à la forme dans laquelle doit être fait le rapport du capitaine au port d'arrivée. [2]

La règle *locus regit actum* doit aussi être appliquée pour l'exécution des commissions rogatoires des autorités judiciaires étrangères relatives aux auditions de témoins, aux expertises, aux prestations de serment, aux interrogatoires et autres actes analogues. Pour exécuter ces actes, sauf en ce qui concerne les règles applicables pour rendre la commission rogatoire exécutoire [3], on doit suivre la loi locale. Du reste, nous examinerons plus en détail cette matière en son lieu.

[1] Marseille, 16 novembre 1864 (Petroromiro), *Journal de Marseille*, 64, 1, 304.
[2] Rouen, 7 juin 1856 (Longstoff), *id.*, 1834, 2, 148.
[3] Fiore, *Effetti internazionali delle sentenzee degli atti (Materia civile)*. § 22 et suiv.

CHAPITRE VII.

DE L'AUTORITÉ TERRITORIALE DU DROIT PUBLIC ET DES LOIS D'ORDRE PUBLIC.

245. Il est nécessaire d'établir quand la loi étrangère ne peut avoir aucune autorité sur le territoire. — 246. Du droit public. — 247. Difficulté de déterminer les lois d'ordre public. — 248. Laurent pense qu'il n'y a pas une différence substantielle entre ces lois et le droit public. — 249. Opinion de Borsari. — 250. Comment doit être établie la différence entre le droit public et les lois d'ordre public. — 251. La question au point de vue de l'autorité territoriale et exterritoriale des lois. — 252. Théorie de Brocher. — 253. Formule proposée par Mancini et par Asser. — 254 Observations critiques. — 255. La règle consacrée par le législateur italien est vague. — 256. Notre opinion pour déterminer le principe de la territorialité des lois. — 257. Différence entre notre principe et celui de Mancini. — 258. Démonstration et explication de la règle relative à la territorialité de la loi. — 259. Limitation fondée sur l'atteinte aux bonnes mœurs.

245. — Dans l'exposé par nous fait jusqu'ici des principes, qui doivent régir l'autorité exterritoriale des lois étrangères, nous avons souvent rappelé la maxime générale par nous posée dans les principes fondamentaux, que la loi étrangère ne peut avoir d'autorité sur le territoire d'un État, qu'à la condition qu'il n'en résulte aucune atteinte aux lois de droit public ou à celles d'ordre public. C'est sur ce principe que nous avons basé la juste limitation de l'application des lois étrangères qui concernent les personnes, les biens, les actes, ainsi que les rapports juridiques de toute nature, en admettant toujours que ces lois ne peuvent avoir aucune autorité, si leur reconnaissance emporte une dérogation quelconque au droit public de l'État, aux lois d'ordre public

ou à celles concernant de façon quelconque les bonnes mœurs. Nous avons dit plusieurs fois que cette exception repose sur l'idée que ces lois ont pour objet de protéger le droit social, et que par conséquent elles doivent avoir une autorité exclusive sur le territoire, puisque la principale mission de la souveraineté est la sauvegarde du droit et des intérêts sociaux.

Dans notre système, cette exception est une des parties les plus intéressantes, puisqu'elle sert de base à l'autorité territoriale des lois. Il est dès lors indispensable d'expliquer et de préciser les limites de la territorialité et de l'exterritorialité des lois.

246. — Il n'est réellement pas difficile de déterminer les lois qui appartiennent au droit public de l'État. Tous les auteurs sont en effet d'accord, pour reconnaître que cette catégorie comprend celles qui tendent à protéger les principes d'organisation politique de l'État, ainsi que la division et la distribution des pouvoirs publics nécessaires pour la vie et pour le développement de l'activité de l'État. Telles sont les lois constitutionnelles, administratives, pénales ; celles qui pourvoient à la sûreté et qui sont appelées lois de police ; celles relatives à l'organisation judiciaire, aux juridictions, à la compétence ; et en général, les lois qui pourvoient à la protection des droits et des intérêts de l'État considéré comme un tout et à sa conservation.

247. — La difficulté est née relativement aux lois d'ordre public, et elle est devenue sérieuse, parce que les législateurs n'ont pu les énumérer et que la science elle-même n'a pas fourni de règles certaines pour en faire une énumération complète.

Dans le Code civil français, comme le fait avec raison remarquer Laurent, l'expression *ordre public* a été employée, de telle façon qu'elle se prête à la confusion.

L'article 6 de ce Code dispose, que l'on ne saurait, par des

conventions particulières, déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Les auteurs, qui se sont fondés sur cet article pour distinguer les lois réelles, c'est-à-dire celles qui doivent avoir une autorité absolue sur le territoire, ont entendu diversement cette expression d'*ordre public*. Quelques-uns ont, en effet, admis qu'elle comprenait les lois appartenant au droit public, lequel sans doute, est essentiellement territorial. D'autres l'ont entendue, comme désignant les lois qui ont trait à l'intérêt général, en considérant qu'elle se trouve employée en ce sens dans l'article 1133 du Code civil français qui, en définissant la cause illicite dans les conventions, dispose que, « La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ». D'autres auteurs ont considéré comme lois d'ordre public celles qui établissent l'état des personnes et la capacité ou l'incapacité qui en résulte. C'est sur cette idée qu'a été fondée la théorie, d'après laquelle on considère que les lois concernant l'état des personnes doivent être rétroactives, parce qu'elles intéressent l'ordre public. [1]

248. — Laurent, il nous semble, ne trouve pas une distinction substantielle entre les lois d'ordre public et le droit public, car il dit : « Dans le langage juridique ces expressions « sont synonymes » [2]. A l'appui de son opinion il se contente de dire qu'au cours de la discussion du Code civil français, les expressions droit public et ordre public furent employées indifféremment, et que Portalis déclara expressément, que le Code entendait par *ordre public* ce que les jurisconsultes qualifiaient de *droit public*, auquel on ne pouvait déroger,

[1] Compar. Merlin, *Effet rétroactif, Répert.*; Demolombe, *Code civ.*, T. I; Bianchi, *Elementi di Codice civile*, T. I, *Nozioni preliminari*, § 2; Borsari, *Commentario al Codice civile*, et Gabba, *Retroattività delli leggi*. Ce dernier rapporte les opinions des auteurs et expose consciencieusement la doctrine et la législation relatives à la matière.

[2] *Droit civil international*, T. II, § 204.

et qu'ils considéraient comme en opposition avec les lois d'intérêt privé, auxquelles les personnes pouvaient déroger au moyen de conventions passées entre elles.

249. — Parmi les jurisconsultes italiens, Borsari a soutenu, que les expressions employées par le législateur italien dans l'article 12 des dispositions préliminaires du Code civil, qui exclut l'application des lois étrangères qui dérogent aux lois prohibitives du royaume concernant les personnes, les biens ou les actes, sont comme une paraphrase des mots droit public interne.

250. — Dans la matière qui nous occupe, la question doit être examinée, non seulement à un point de vue général, mais à un point de vue particulier qui nous intéresse plus directement, celui de déterminer les lois qui doivent avoir une autorité exclusive sur le territoire de l'État, et auxquelles on ne peut déroger en invoquant l'application d'une loi étrangère qui leur est contraire.

Au point de vue général, nous avons déjà dit qu'une différence doit être faite entre le droit public et les lois d'ordre public proprement dites. Nous pensons qu'on ne doit pas considérer comme appartenant à cette seconde catégorie toutes les lois d'organisation sociale, parce qu'à ce point de vue toutes les lois devraient être considérées comme d'ordre public. En effet, celles-là même qui pourvoient aux intérêts particuliers des individus et qui règlent l'activité de chacun, à son avantage exclusif, pourvoient aussi aux intérêts sociaux, en écartant la confusion et l'anarchie. Les lois d'ordre public, auxquelles il n'est jamais permis aux particuliers de déroger, sont, à notre sens, précisément celles dont le but direct et principal est l'intérêt des tiers et la conservation des institutions sociales.

Toutes les fois que l'intérêt général n'est pas seul en cause dans une loi, mais qu'il doit en être considéré comme la fin directe et principale, cette loi doit être rangée dans la catégorie des lois d'ordre public.

251. — Maintenant nous allons examiner la loi étrangère dans ses rapports avec les lois de l'Etat pour décider quand on doit lui reconnaître une autorité exterritoriale, c'est-à-dire quand elle doit être considérée comme efficace pour régir à l'étranger les rapports juridiques soumis à son empire, et quand la loi d'un Etat, en raison de l'autorité absolue qu'elle doit avoir sur son territoire, doit exclure l'empire de toute loi étrangère. Nous ferons remarquer tout d'abord que les théories des auteurs, que nous venons d'exposer, ne nous paraissent pas suffisantes pour résoudre complètement cette grave question, et que même la règle posée par le législateur italien ne nous semble pas non plus claire et précise.

252. — Brocher a cru trouver un principe décisif, pour déterminer les limites de l'application d'une loi étrangère, dans la distinction entre les lois d'ordre public interne et celles d'ordre public international. Ces dernières sont celles qui consacrent les principes d'ordre supérieur, et chaque souveraineté doit se considérer non seulement comme tenue d'en réclamer directement le respect sur son propre territoire, mais encore d'exclure sur ce même territoire toute influence d'une loi étrangère, qui pourrait agir en sens contraire. Telles sont, d'après lui, les lois qui prohibent l'esclavage, la mort civile ou autres institutions semblables condamnées sur le territoire [1].

253. — Mancini et Asser, dans leur rapport présenté à l'Institut de Droit international, formulent ainsi la règle destinée à déterminer l'idée juridique de la territorialité de la loi : « Les lois personnelles de l'étranger ne peuvent pas « être reconnues, ni avoir d'effet sur le territoire soumis à « d'autres souverainetés, si elles sont en opposition avec le « droit public et avec l'ordre public de ce territoire»[2].

[1] Brocher, *Droit international privé*, T. I, *Introduction générale* et sect. III, § 44.

[2] *Session de Gênes*, 1874, *Conclusions et Résolutions proposées par*

254. — Cette formule, pour ce qui concerne la limitation fondée sur l'opposition de la loi personnelle étrangère avec l'ordre public du territoire, nous paraît vague et indéterminée. En admettant, en effet, que la loi personnelle étrangère ne doive pas être reconnue, par exemple en Italie, lorsqu'elle est en opposition avec l'ordre public, il en résulterait que les lois qui pourvoient à l'organisation de la famille italienne dans un intérêt général, et qui tendent dès lors à protéger l'ordre public à l'égard de ceux qui sont soumis à l'empire de notre loi, devraient être appliquées même aux étrangers, et que par conséquent la loi personnelle étrangère, qui réglerait les rapports des familles et l'organisation de la famille d'une manière différente ou contraire à notre loi, ne devrait avoir aucune autorité pour régir en Italie les droits et les rapports concernant les personnes qui appartiennent à la famille étrangère et soumis comme tels à l'empire de la loi étrangère.

Pour conserver l'organisation de la famille, le législateur italien a établi, que personne ne pourrait se marier s'il l'était déjà, et que le mariage ne pourrait être dissous que par la mort d'un des époux. Or, ces dispositions étant évidemment d'ordre public, la loi personnelle de l'étranger, qui déclarerait le mariage dissous par le divorce légalement prononcé, et qui attribuerait par conséquent à la personne précédemment mariée et divorcée la faculté de contracter mariage, ne pourrait pas être reconnue en Italie, parce que cette loi serait en opposition avec l'ordre public. Or cela, comme nous le démontrerons en son lieu [1], n'est pas soutenable.

Mais, en suivant cette idée, on irait encore bien plus loin.

Toutes les lois prohibitives qui sont contenues dans notre code doivent être considérées comme des lois d'ordre public. En effet, la prohibition du législateur emporte qu'il

Mancini et Asser (Droit civil) ; *Revue de Droit international*, 1874, p. 583 ; *Rapport de M. Mancini*, Revue, 1875, p. 229.

[1] Voir la partie spéciale, Ch. III, *Divorce*.

ne peut jamais être permis à personne de rien entreprendre, ni de faire quoi que ce soit de contraire à cette prohibition. Or, comme l'autorité de ces lois prohibitives sur le territoire soumis à la souveraineté est absolue, en raison de ce qu'elles sont destinées à protéger l'ordre public, en admettant la formule proposée par Mancini, on aboutirait à ce que la loi personnelle de l'étranger ne pourrait pas être reconnue en Italie, si elle était en opposition avec les lois prohibitives contenues dans le code italien, parce qu'elle serait contraire à l'ordre public.

Pour prendre quelques exemples, nous dirons que le législateur italien, en voulant donner une meilleure organisation à la tutelle d'après le système par lui adopté, a disposé que le tuteur ne peut pas exercer ses fonctions, s'il n'est pas nommé un protuteur, et qu'il lui incombe de provoquer sans retard la nomination de ce protuteur, s'il n'a pas déjà été nommé (art. 268). Il a aussi disposé que la femme ne peut être ni tutrice ni protutrice, à moins d'être ascendante ou sœur germaine non mariée du pupille (art. 268) : que le fils qui n'a pas 25 ans accomplis et la fille qui n'a pas 21 ans révolus ne peuvent pas contracter mariage sans le consentement du père et de la mère. Or, comme ces lois et toutes autres du même genre ont pour but de protéger l'ordre public d'après les principes consacrés dans notre législation, les lois étrangères en opposition avec elles ne pourraient pas être admises à produire effet sur le territoire italien, parce qu'elles seraient en opposition avec l'ordre public. Par conséquent, le tuteur appelé en fonctions en vertu d'une loi étrangère, qui n'imposerait pas l'obligation de la protutelle, et qui aurait légalement pris en main l'exercice de la tutelle d'après sa loi personnelle, pourrait se voir opposer que, pour pouvoir administrer les biens des pupilles situés en Italie et exercer relativement à ces biens les droits de la tutelle, il devrait faire nommer un protuteur, parce que sa loi qui le dispense de cette obligation ne pourrait avoir aucun effet en Italie.

En entendant de cette façon la règle, d'après laquelle on devrait déterminer l'autorité territoriale ou exterritoriale des lois, il en résulterait que les lois étrangères ne pourraient produire aucun effet sur le territoire soumis à une autre souveraineté, si elles étaient en opposition avec les lois prohibitives en vigueur sur ce même territoire ; d'où il résulterait que ces lois devraient être reconnues efficaces alors seulement qu'elles seraient conformes aux lois territoriales pourvoyant à la protection de l'ordre public.

255. — La règle consacrée par le législateur italien n'est ni plus précise, ni mieux déterminée. Il a, en effet, disposé « qu'en aucun cas les lois étrangères ne pourront déroger « aux lois prohibitives du royaume qui concernent les per« sonnes, les biens ou les actes, ni aux lois concernant d'u« ne façon quelconque l'ordre public et les bonnes mœurs.» Cette rédaction de l'article 12 des dispositions générales du Code civil a été considérée par tous les jurisconsultes italiens comme vague et incertaine. Tout ce que l'on peut dire pour l'expliquer, c'est que le législateur italien, ayant réalisé la réforme législative la plus hardie, et ne pouvant lui-même prévoir les conséquences qui pouvaient en résulter en pratique, a consacré à dessein l'exception d'une façon large et indéterminée, afin de laisser ainsi une grande latitude à la magistrature pour sauvegarder et protéger nos institutions, le droit social et tout ce qu'il importait de conserver et auquel il ne devait pas être dérogé par l'application des lois étrangères.

256. — Laissant de côté les opinions des auteurs et les dispositions législatives, nous dirons qu'il nous semble que, pour déterminer les limites de l'autorité de la loi étrangère sur le territoire soumis à une autre souveraineté, il faut examiner la question sous son vrai jour.

Tous les auteurs admettent en principe que certaines lois doivent avoir une autorité exterritoriale et par conséquent

être efficaces même pour régler sur le territoire étranger les rapports juridiques soumis à leur empire. On admet aussi généralement que l'autorité de la loi étrangère ne peut être en aucun cas absolue, comme l'est celle de l'État, et qu'il faut par conséquent reconnaître certaines limitations à l'autorité exterritoriale des lois.

Quel doit être le fondement de ces limitations? Quand la loi étrangère, qui devrait régir un rapport juridique donné même en pays étranger, doit-elle être réputée inefficace pour le régir sur le territoire soumis à l'empire de la loi territoriale édictée par le souverain de l'État?

Tel est le véritable objet de la controverse qui divise les auteurs contemporains et qui a donné lieu de leur part à des opinions disparates.

Nous ne saurions admettre la distinction qu'on a voulu faire entre les lois d'ordre public international. Cela compliquerait la solution de la question, parce qu'en réalité il n'existe pas de critérium pour distinguer l'ordre public interne de l'ordre public international. Nous avons déjà dit combien il est difficile dans la législation de chaque pays d'établir une ligne exacte de démarcation entre les lois d'ordre public interne et les lois d'ordre privé. La difficulté devrait naturellement être plus grande si l'on voulait établir la ligne de démarcation entre les lois d'ordre public interne et celles d'ordre public international. En l'absence de principes exacts, précis et certains, la limitation de l'autorité exterritoriale des lois, qu'on voudrait ainsi établir, n'aurait aucune base.

Il faut en outre considérer que certaines lois doivent avoir une autorité absolue et exclusive sur le territoire de chaque État, et que ces lois ne sont pas seulement des lois d'ordre public international. Même les lois d'ordre public interne doivent avoir une autorité absolue sur le territoire, non seulement dans le sens que les personnes qui doivent être soumises à l'autorité du législateur ne peuvent jamais licitement entreprendre sur ce même territoire rien qui soit en

opposition avec ces lois, mais aussi en ce sens qu'il ne puisse jamais être permis à personne d'exécuter un fait juridique quelconque, toutes les fois que la reconnaissance légale d'un tel fait emporte une violation de ces lois.

Ceci posé, il en résulte que lorsque les personnes, qui ne seraient pas elles-mêmes soumises à l'empire de la loi territoriale, voudraient invoquer la loi étrangère pour faire reconnaître sur le territoire soumis à une autre souveraineté un rapport ou un fait juridique, qui impliquerait par lui-même une atteinte à une loi d'ordre public en vigueur sur ce territoire, elles ne pourraient pas le faire, parce qu'elles ne pourraient pas prétendre que la loi étrangère pût avoir autorité pour légitimer sur ce territoire l'existence ou la reconnaissance d'un fait juridique, dont résulterait la violation d'une loi territoriale d'ordre public. En d'autres termes, nous pensons que, sur le territoire soumis à une autre souveraineté, on ne peut, en vertu de la loi étrangère, accomplir aucun fait juridique en opposition avec le droit public, ou avec une loi qui, pour des motifs d'ordre public, exclut l'existence d'un tel fait juridique, ou l'interdit expressément.

257. — Toute la différence entre la formule que nous proposons et celle de Mancini et des autres auteurs est la suivante. D'après la théorie de Mancini, les lois personnelles de l'étranger ne devraient pas être reconnues et ne devraient pas avoir d'effet sur le territoire soumis à une souveraineté étrangère, toutes les fois que ces lois dont l'étranger demanderait l'application seraient en opposition avec le droit public et l'ordre public du territoire lui-même. Au contraire, d'après notre théorie, peu importe que la loi étrangère dont on invoque l'application soit en opposition avec le droit public ou avec la loi d'ordre public en vigueur sur le territoire ; mais il faut que le fait juridique qu'on veut accomplir en vertu d'une loi étrangère sur le territoire soumis à une autre souveraineté viole le droit public territorial ou

une loi d'ordre public, ou bien que les effets d'un fait juridique dont on se prévaut à l'étranger puissent, sur le territoire étranger, être en opposition avec le droit public territorial et avec les lois d'ordre public qui y sont en vigueur.

Cette différence est d'une grande importance, bien qu'elle ne semble pas telle de prime abord. Pour la mettre en évidence, il suffit de noter, qu'en demeurant dans le premier ordre d'idées, le fils naturel étranger, qui aurait fait établir son état au moyen de la preuve de la paternité conformément à sa loi personnelle permettant la recherche de la paternité, ne serait pas admis à invoquer en Italie l'application de cette loi, parce qu'elle serait en opposition avec l'ordre public d'après les principes qui ont prévalu dans notre législation, qui défend la recherche de la paternité. Au contraire, dans notre système, la limitation en ce cas n'aurait pas lieu. Il s'agirait, en effet, d'une personne qui, ayant acquis légalement un droit d'après la loi personnelle à laquelle elle devrait être soumise, invoquerait en Italie cette loi, pour établir que l'état de fils naturel serait légalement acquis par elle, et demanderait en outre que les effets civils de cet état fussent reconnus. Or, dans tout cela, il n'y a rien qui porte atteinte aux droits et aux intérêts de la souveraineté italienne ; car, de la prohibition qu'elle a faite de la preuve de la paternité, pour maintenir l'ordre de la famille, on ne peut conclure qu'elle ait voulu imposer sa loi au monde, et déclarer en opposition avec l'ordre public cette preuve admise dans un pays étranger.

La loi étrangère permettant la recherche de la paternité doit être regardée comme basée sur les principes d'ordre public entendus d'une façon différente. Le législateur, qui a accordé cette permission, a certainement considéré, qu'en obligeant les pères naturels à remplir les devoirs que la nature leur impose et à supporter toutes les charges de la paternité, il pouvait mettre un frein à la procréation illicite et la limiter. L'indépendance des souverainetés et leur autonomie législative s'opposent à ce que l'une prétende

imposer aux autres ses propres règles morales et sa façon d'entendre l'ordre public. De là il résulte que la souveraineté italienne n'a aucun intérêt à ce que l'état de la filiation ne soit pas établi sur le territoire soumis à une autre souveraineté conformément à la loi qui régit les citoyens de cette dernière, et à ce que cette loi ne puisse pas être invoquée valablement en Italie pour faire reconnaître l'état de filiation légalement acquis, bien que cette loi soit contraire à la nôtre.

La souveraineté italienne ne peut pas non plus être considérée comme lésée par le fait que l'étranger, qui a légalement acquis l'état de fils naturel, veut faire admettre en Italie les effets civils de sa filiation. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, s'il intentait une instance pour recueillir la succession de son père. Pourrions-nous par hasard dire que l'ordre public serait atteint, si celui qui a légalement acquis un état personnel en conformité de la loi à laquelle il est soumis, s'en prévalait pour exercer les droits qui en dérivent ?

L'ordre public serait atteint en Italie si, la loi étrangère permettant la preuve de la paternité même en cas de filiation adultérine, le fils d'un étranger avait prouvé dans son pays qu'il était né d'un étranger et d'une femme mariée italienne. Lorsque cet individu voudrait, en Italie, déduire les conséquences juridiques de l'état civil légalement acquis d'après sa loi personnelle, il porterait atteinte à l'ordre public, parce que le fait d'établir légalement la filiation adultérine contrairement à nos lois est un acte juridique par lui-même en opposition avec les principes d'ordre public admis chez nous. Dans cette hypothèse, la limitation de l'autorité de la loi étrangère trouverait son fondement, en ce que le fait juridique qu'on entendrait ainsi établir serait par lui-même en opposition avec l'ordre public territorial.

258. — Nous devons répéter que les lois étrangères, même lorsqu'elles sont contraires aux lois territoriales d'or-

dre public d'un autre État, peuvent produire effet dans un État pour fixer les droits acquis conformément à ces lois, pourvu toutefois que le fait juridique, qu'on veut établir, ne soit pas lui-même en opposition avec le droit public ou les lois d'ordre public, c'est-à-dire celles qui pourvoient directement à la protection du droit social et des institutions publiques.

Pour rendre notre pensée plus claire, disons que l'autorité des lois d'ordre public sur le territoire soumis à la souveraineté est absolue, en ce sens qu'il ne peut jamais être permis à ceux qui sont soumis à son empire, d'entreprendre ou de faire rien qui soit en opposition avec elles. Il faut toutefois considérer, que les lois d'ordre public peuvent être divisées en deux grandes catégories. A la première, appartiennent celles qui, pour donner une meilleure organisation et un plus large développement à certaines institutions juridiques, défendent d'acquérir ou d'exercer un droit d'une façon déterminée. Telle est, par exemple, la loi qui défend l'adoption et celle qui, tout en l'admettant, la défend à l'égard du fils naturel ou du mineur qui n'a pas atteint un âge déterminé, ou celle qui interdit le mariage sans consentement préalable des parents.

A la seconde catégorie, appartiennent les lois qui abolissent certaines institutions, et qui par conséquent, non seulement empêchent toute possibilité de rapports juridiques relatifs à ces institutions, mais ôtent toute efficacité à tout rapport et à tout fait juridiques, dont la reconnaissance impliquerait celle de l'institution abolie. Telles sont, par exemple, les lois qui abolissent la mainmorte, les fidéicommis, les majorats, les fiefs, les servitudes personnelles, les amphythéoses, etc.

Les lois de la première catégorie exercent un empire absolu, mais seulement sur les personnes qui leur sont soumises pour ce qui concerne l'acquisition des droits. Par conséquent, rien ne s'oppose à ce que les étrangers, qui doivent être régis par les lois de leur patrie, n'acquièrent

des droits en conformité de leur loi personnelle, bien que celle-ci soit contraire à la loi territoriale en vigueur là où ils veulent ensuite faire valoir leurs droits ainsi acquis.

Les lois de la seconde catégorie exercent une autorité absolue relativement à tout fait juridique que l'on veut créer ou dont on veut se prévaloir sur le territoire d'un État, toutes les fois que la création ou la mise en œuvre de ce fait implique la reconnaissance de l'institution abolie. La dérogation à la loi territoriale d'ordre public se produirait toujours, si cette loi, ayant aboli une institution juridique donnée, on voulait, sur le territoire soumis à son empire, prétendre faire déclarer valables certains rapports juridiques, ou faire reconnaître un fait juridique, rapports et fait dont l'existence ou la reconnaissance comporteraient celles de l'institution abolie.

Par exemple, le législateur italien a aboli les fiefs, les servitudes personnelles proprement dites et la mainmorte. Or, il n'a pas seulement défendu de constituer valablement tout rapport juridique relatif aux institutions abolies, mais il a encore interdit la reconnaissance en Italie de tout fait juridique impliquant l'existence juridique de l'institution ainsi abolie. Il est évident, suivant notre ordre d'idées, que si, d'après la loi étrangère, sous l'empire de laquelle auraient été acquis les droits féodaux, quelqu'un voulait les exercer en Italie, de façon à y introduire de nouveau la servitude féodale, cela ne pourrait jamais être admis ; car on dérogerait ainsi à une loi d'ordre public, à celle qui défend toute possibilité de rapport juridique impliquant l'existence de la servitude féodale.

259. — L'autorité des lois étrangères peut aussi trouver une juste limitation, quand de leur efficacité sur le territoire soumis à une autre souveraineté il résulterait une atteinte aux bonnes mœurs. Cette limitation rentre toutefois dans celle que nous venons d'exposer. En effet, la défense des principes moraux, qui, suivant les idées généra-

les et les idées qui prévalent dans chaque pays, sont considérés comme nécessaires pour sauvegarder la vie morale de chaque peuple, est une question d'ordre public.

Le droit de l'État étant substantiellement distinct de celui de l'Église, il est clair que la souveraineté ne peut avoir aucun intérêt direct et immédiat à conserver le principe moral religieux, mais qu'elle peut exiger qu'on ne porte pas atteinte au sentiment moral, tel qu'il existe dans la conscience publique.

CHAPITRE VIII

DE LA PREUVE ET DE LA JUSTE APPLICATION DU DROIT ÉTRANGER.

260. Comment il faut fréquemment appliquer les lois étrangères. — 261. Le juge est tenu d'en acquérir la connaissance, mais on ne peut pas présumer qu'il doive l'avoir. — 262. Règles admises par les Cours allemandes. — 263. Principes qui ont prévalu en Angleterre. — 264. Système admis en France et en Belgique. — 265. Aux États-Unis d'Amérique. — 266. Principes posés par la Cour de cassation de Turin. — 267. Le juge ne peut pas considérer la loi étrangère comme un fait admis en preuve. — 268. Comment doit-il en acquérir la connaissance exacte et sûre. — 269. Proposition faite par Laurent pour faciliter la connaissance des lois étrangères. — 270. Proposition que nous avons déjà faite. — 271. Examen d'autres moyens tendant au même but. — 272. Comment doit procéder le juge s'il n'arrive pas à connaître le droit étranger. — 273. La fausse application de la loi étrangère peut-elle motiver un recours en cassation.

260. — Les principes exposés dans les chapitres précédents tendent à faire considérer comme établi, que les lois étrangères, pouvant avoir autorité même sur le territoire soumis à une autre souveraineté, doivent être appliquées par les juges dans tous les cas où c'est d'après ces lois qu'on doit trancher le litige. Pour les questions relatives au statut personnel, comme on admet généralement que les lois personnelles doivent en principe régir les citoyens, en quelque lieu qu'ils se trouvent, il en résulte que les magistrats de tout pays doivent décider, par application de ces lois, les contestations relatives à l'état des personnes et aux rapports de famille. Il peut en outre arriver que l'on doive appliquer les lois étrangères pour statuer notamment sur les formes légales des actes et sur les droits de succession.

261. — Or, il est indispensable que le juge connaisse les lois qu'il doit appliquer, et comme les lois étrangères ne sont pas portées à la connaissance des juges par la publication légale, comme en ce qui concerne les lois de l'État, il faut établir de quelle manière le magistrat doit en prendre connaissance.

Il est certain que l'adage *jura novit curia*, au moyen duquel on arrive à exclure l'*ignorantia juris* relativement aux lois promulguées à l'intérieur de chaque État, ne trouve pas d'application lorsqu'il s'agit de lois étrangères. Etant toutefois donné le principe qu'il incombe au juge d'appliquer la loi, à laquelle chaque rapport juridique doit être considéré comme soumis, il est très important de déterminer comment le droit étranger doit être porté à la connaissance des magistrats.

262. — La Cour suprême des États de l'empire d'Allemagne a posé les règles suivantes dans son arrêt du 14 février 1874. Bien que le juge doive appliquer la loi étrangère autant qu'il la connaît, et qu'il puisse s'en procurer d'office la connaissance, on ne doit cependant pas considérer comme une obligation pour lui de connaître le droit étranger ou de s'en procurer la connaissance d'office; et la règle *jura novit curia* ne doit pas s'étendre au droit étranger. Quant il s'agit d'un droit étranger ignoré du juge, il incombe à la partie qui entend s'en prévaloir d'en fournir la preuve au tribunal: dans le cas contraire, elle ne pourrait pas se plaindre si le juge ne se trouvait pas en mesure d'appliquer un principe de droit étranger qu'il ne connaît pas, et s'il était dès lors dans l'obligation de statuer en conformité du droit national qu'il connaît.[1]

Cet arrêt restreint l'obligation du juge d'appliquer la loi étrangère au cas où il en possède une connaissance person-

[1] Sachs, *Les arrêts de la Cour suprême commerciale de Leipzig*; *Revue de droit internat.*, 1874, p. 230. Voir dans cet article les divers arrêts rapportés, où les principes que nous venons de rapporter ont été appliqués.

nelle et à celui où la partie, qui entend s'en prévaloir, lui administre des preuves de nature à entraîner sa conviction. Il n'exclut du reste pas la faculté pour le juge de prendre d'office les informations nécessaires ; mais il ne lui en impose pas l'obligation, car en cas de doute, il peut présumer la concordance du droit étranger avec le droit de l'État, en vertu de la règle générale, que quiconque veut se prévaloir d'une règle de droit dérogatoire au droit du pays, doit en établir l'existence.[1]

263. — La doctrine anglaise en matière de preuve de la loi étrangère est résumée par Westlake. D'après cet auteur, en Angleterre aussi, celui qui invoque une institution étrangère différente des lois anglaises doit en faire la preuve. En l'absence de cette preuve, on présume que les législations étrangères sont identiques à celle de l'Angleterre, à l'exception toutefois de certaines institutions données ne fonctionnant en Angleterre qu'au moyen d'une organisation spéciale, comme c'est le cas notamment de la faillite.

La différence entre la législation étrangère et la législation anglaise étant un fait, il en résulte qu'il appartient au jury, si l'affaire est une de celle où il assiste le juge, de statuer sur la pertinance de la preuve qui est fournie.

Il résulte de là, qu'il faut prouver la législation étrangère à nouveau, chaque fois que la partie qui s'en prévaut en demande l'application. Il ne suffirait pas, que le tribunal en eût déjà pris connaissance précédemment à l'aide des preuves qui en auraient été administrées. Le droit étranger pourrait, en effet, avoir été modifié par une loi ou une jurisprudence nouvelles.

La législation étrangère doit toujours être prouvée au moyen des témoignages d'experts. Mais s'il s'agit d'une loi écrite ou d'un code, il ne suffit pas de les produire, il est nécessaire

[1] Compar. Bar, *Das internat. privat und Strafricht*, § 32, et Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts*, § 38.

que l'expert qui les mentionne, les produise. L'objet de la question et celui sur lequel doit par conséquent porter le témoignage de l'expert, ce n'est pas le texte d'une loi, mais le droit qui en résulte par suite de l'interprétation scientifique et de la jurisprudence. Toute personne, qui est *peritus virtute officii*, est admise comme témoin en ce qui concerne la législation étrangère, et l'on n'admet pas seulement comme tels les juges et les avocats.

Il faut que le juge ou le jury, suivant que l'un ou l'autre statue dans l'instance, pèse consciencieusement ce que les témoins appelés comme experts ont dit : il doit spécialement le faire, quand leurs avis sont obscurs et contradictoires. S'il résulte pour le juge la conviction que les experts ont mal raisonné, il peut, malgré leurs avis, tirer sa décision des textes cités, mais il ne doit jamais se référer à des autorités que les experts n'ont pas citées.

D'après une loi de 1859, stat. 22 et 23, Victoria, ch. 63, tout tribunal ayant son siège dans une partie quelconque de l'Empire britannique, peut consulter une Cour suprême de toute autre partie du même Empire relativement au droit qui, aux termes de la législation en vigueur dans cette partie donnée du territoire britannique, résulterait des faits mentionnés dans la demande.

Les parties peuvent être entendues devant la Cour dont l'avis est ainsi requis. Une fois cet avis formulé par la Cour ainsi consultée, le tribunal requérant est tenu de l'appliquer, (sauf à la soumettre au jury s'il siège dans l'instance, et si l'avis a été requis avant que l'affaire ne lui ait été déférée), et de l'admettre comme preuve concluante ou non (suivant que le tribunal le jugera convenable) du droit qui est déclaré par lui dans la sentence... Toutefois, ni la Chambre des Lords, ni le Conseil privé, si l'affaire leur est déférée en appel, ne seront tenus de suivre l'avis émané d'une Cour inférieure.

D'après la loi de 1861, stat. 24 et 25, Victoria, ch. 11, la reine peut conclure des conventions avec les États étrangers pour stipuler que chacune des Cours suprêmes ayant son siège

dans une partie quelconque des possessions britanniques, puisse consulter une des Cours suprêmes des autres pays en ce qui concerne le droit, qui résulterait suivant la législation de son propre État des faits mentionnés dans la demande. Toutefois, la Cour qui aurait demandé cet avis ne serait pas tenue de le suivre. Elle pourrait demander un avis ultérieur à la même Cour étrangère, en maintenant ou en rectifiant l'exposé des faits, ou elle pourrait consulter une autre Cour suprême du même État. La même loi dispose, que les Cours britanniques doivent répondre aux questions qui pourront leur être adressées par les Cours étrangères.[1]

264. — En France et en Belgique, à l'époque où des coutumes diverses y étaient en vigueur, lorsqu'il s'agissait de vérifier quelle était la coutume appliquée dans telle ou telle province, on était dans l'usage de recourir aux actes de notoriété, qui étaient rédigés par des jurisconsultes ou des avocats, qui attestaient l'usage en vigueur en un lieu donné. Ces actes avaient une grande autorité, lorsqu'ils émanaient de personnes compétentes nommées d'office par le tribunal même qui devait juger. Les avis des experts donnés à la requête des parties avaient une importance moindre, et l'on avait égard de préférence aux preuves administrées par les jurisconsultes eux-mêmes à l'appui de leur opinion.

Actuellement, la jurisprudence française et la jurisprudence belge s'inspirent, comme le dit Laurent,[2] d'un principe qui pourrait engendrer une véritable confusion d'idées. Elles considèrent le droit étranger comme un fait qui doit être prouvé et elles admettent que cette preuve doit être faite d'après le droit commun. Laurent en conclut que les actes

[1] Westlake, *La doctrine anglaise en matière de droit international privé*, dans la *Revue de Droit international*, 1882, p. 304, et son ouvrage *Treatise on private international Law*, §§ 334-341.

[2] Laurent, *Droit civil international*, T. II, § 267 ; Fœlix, *Droit international privé*, n° 18 ; Mailher de Chassat, nos 86 et 240 ; Pardessus. *Droit commercial*, n° 1494.

de notoriété n'étant pas admis parmi les preuves légales, ce mode de preuve n'est pas recevable. Cette doctrine peut, comme nous l'avons dit, engendrer une véritable confusion, parce qu'en l'adoptant, on devrait appliquer les règles établies par le Code en ce qui concerne les preuves légales, et admettre la délation du serment sur l'existence de la loi et la conformité de celle-ci avec les textes produits dans les pièces. On arriverait ainsi à un contre-sens juridique, puisque le serment étant une transaction, on arriverait à transiger sur le droit en vigueur.

265. — En Amérique, la maxime qui prévaut, c'est que la loi étrangère doit être prouvée devant le jury, comme toute autre question de fait. C'est ce qui a été admis par la Cour suprême du Massachussetts en 1868 et par celle du New Hampshire.[1]

266. — Il semble que l'on voudrait admettre cette même théorie en Italie, à en juger par la règle proclamée par la Cour de cassation de Turin dans la cause Mosca contre Ripa. « La « loi étrangère, dit cette Cour suprême, ne pouvant être prise « en considération chez nous que comme simple document « qui par aventure peut indiquer l'intention des parties, la « production du Code civil de la Louisiane aurait été indis- « pensable, pour mettre cette Cour suprême en mesure de « pouvoir juger si les juges du fond l'ont ou non bien ou « mal interprété ou appliqué ».[2] Ainsi, le manque d'une telle production est par lui seul un obstacle à la prise en considération du moyen tiré de la violation de la loi étrangère.

267. — A notre sens, pour résoudre la question d'après les principes du droit, on ne saurait admettre que la loi étran-

[1] Wharton, *Conflict of Laws*, § 771 ; Story, *Conflict of Laws*, § 37 et 38 et les notes sous ces §§.

[2] Cour de cass. de Turin, 23 avril 1884, Mosca c. Ripa, *La Jurisprudenza*, 1884, p. 471.

gère fût considérée comme un fait, dont le juge devrait tenir compte lorsqu'il est allégué et invoqué par la partie intéressée, et qu'il incombât à cette partie d'en fournir la preuve, les magistrats devant se borner à appliquer la loi étrangère suivant la preuve qui en aurait été faite. Dans le système admis par le législateur italien, les tribunaux étant tenus de résoudre d'après la loi nationale les questions relatives à l'état des personnes et aux rapports de famille et d'appliquer la loi étrangère dans les autres cas prévus dans les articles 6-9 des dispositions générales du Code civil, il est obligatoire pour eux d'appliquer dans ces cas la loi étrangère. Dès lors, le juge italien devant juger d'après le droit étranger (tout en admettant qu'il ne soit pas tenu de le connaître), il est indispensable de décider qu'il doit s'en procurer d'office la connaissance.

268. — On ne peut certainement pas soutenir en présence de la législation italienne, que la loi étrangère puisse être considérée comme un fait, une allégation, un document, qui doive être établi, ou produit par les parties intéressées, et dont le juge devrait tenir compte suivant la doctrine de la Cour de cassation de Turin, en tant qu'il aurait été établi par les productions et les preuves fournies. Non, la théorie de la Cour de cassation de Turin n'est nullement justifiable. En effet, la loi étrangère étant le droit d'après lequel le juge italien doit décider, sa tâche ne peut pas être bornée à juger *secundum allegata et probata*, mais il doit au contraire se regarder comme obligé de faire d'office toutes les recherches utiles, pour acquérir une connaissance exacte et sûre du droit étranger, en se servant dans ce but de tous moyens, y compris celui d'enjoindre aux parties de lui donner les éclaircissements utiles pour arriver à son but.

Nous pensons du reste que cela est conforme aux principes du droit international. En effet, ainsi que nous l'avons démontré, le juge étant, d'après ces principes, tenu d'appliquer la loi, à laquelle, suivant la nature des choses, sont

soumis les rapports juridiques contestés, il est impossible de ne pas admettre qu'il ne soit pas obligé de se procurer d'office la connaissance exacte de la loi étrangère, qui est le droit d'après lequel il doit décider. C'est là, du reste, l'opinion de beaucoup d'auteurs contemporains autorisés. [1]

Toutefois, à ce sujet se présente la grave difficulté des moyens utiles pour acquérir la connaissance exacte et sûre du droit étranger. Le juge ne peut pas fonder sa décision sur une loi qu'il croit probablement connaître, mais sur une loi qu'il connait aussi exactement et aussi sûrement qu'il est possible. En effet, à quoi se réduirait l'autorité des jugements, s'ils étaient rendus par application de lois différentes de celles qui auraient dû être visées ?

Une autre grande difficulté est celle qui se présente dans la pratique pour acquérir la connaissance exacte et sûre du droit étranger.

269. — Laurent s'associe au vœu formé par l'éminent jurisconsulte américain Story, qui exprime le désir que le recueil officiel de chaque pays soit officiellement communiqué par le gouvernement aux gouvernements étrangers. [2]

Cette communication serait certainement utile ; mais il faudrait avant tout une traduction exacte des lois, ce qui ne serait certainement pas facile, si elle était faite par des per-

[1] Laurent, *Droit civil international*, T. II, §§ 262 et suiv.; Bar, *Das internat. privat und Strafrecht*, § 32 ; Asser, *Droit international privé*, § 11.

[2] *Loc. cit.*, § 272. Conformément à ce vœu, il se réunit en août 1880 une conférence à Bruxelles, pour régler l'échange des publications officielles entre les différents gouvernements ; mais ce projet ne fut approuvé complètement que par un certain nombre de gouvernements étrangers seulement. Dans une deuxième conférence réunie en 1883, on discuta et on rédigea deux projets de conventions : l'un relatif à l'échange international des documents officiels et des publications scientifiques, l'autre, à l'échange des documents parlementaires. Ces conventions furent signées par les Etats qui y adhérèrent à Bruxelles le 15 mars 1886. Le gouvernement italien a conclu différents accords avec les gouvernements d'autres Etats pour l'échange des publications officielles respectives. Voir *Raccolta dei trattati*, T. X, p. 845.

sonnes qui connaîtraient la langue, mais non la valeur technique des mots et qui pourraient inconsciemment fausser le sens juridique d'une disposition. Il faut, en outre, considérer que, par suite de la manie législative des parlements, les lois de tous les pays civilisés forment une collection si énorme, qu'il doit être très difficile de se faire une idée à peu près exacte du droit étranger. La vie d'un homme ne suffit même pas pour acquérir une connaissance à peu près complète du droit national. En Angleterre, les jurisconsultes se bornent à étudier telle ou telle partie de leur législation, et à devenir compétents dans la seule partie qui fait l'objet de leur étude.

Il ne faut pas se dissimuler que dans l'état actuel des choses, on rencontre une lacune déplorable dans l'application des principes de droit international privé. En effet, tandis que les cas dans lesquels les tribunaux sont tenus d'appliquer les lois étrangères sont fréquents, les législateurs qui leur imposent cette obligation (tel que par exemple le législateur italien) n'ont rien prévu relativement à la façon de connaître exactement le droit étranger.

270.— Lorsque nous avons étudié cette question dans un autre ouvrage, il nous a paru utile de proposer, comme la mesure la plus efficace, de rendre, au moyen de traités, obligatoire pour les tribunaux de fournir des informations exactes sur la loi positive en vigueur dans l'Etat, lorsqu' ils en seraient requis par un tribunal étranger saisi d'une affaire, et il nous a semblé que cette tâche devrait être confiée aux Cours suprêmes par voie de correspondance directe, sans l'intermédiaire de la diplomatie [1]. Nous dirons de plus que, même en l'absence de traités, le mieux pour un tribunal saisi d'une affaire, lorsqu'à l'aide de tous les moyens dont il peut disposer, il n'arrive pas à la connais-

[1] Voir notre ouvrage, *Effetti internazionali delle sentenze*, 1re partie, matière civile, § 53 (Turin, Lœscher, 1875). Notre proposition a été ensuite reproduite par Pierantoni, dans le *Filangieri*, 1883.

sance exacte du droit étranger, c'est d'adresser une commission rogataire au tribunal étranger, en lui demandant des informations sur la règle de droit sujette à contestation. Une commission rogatoire en ce sens pourrait toujours se justifier par le principe de la *comitas gentium* et par l'assistance mutuelle que doivent se prêter les États civilisés pour la bonne administration de la justice.

Nous n'entendons pas dire par là que le tribunal puisse s'adresser à la Cour suprême étrangère, en requérant d'elle qu'elle déclare le droit applicable au fait controversé. Cela conduirait à dénaturer l'organisme du pouvoir judiciaire, qui est institué pour juger et décider les contestations entre particuliers et non pour donner des consultations sur des controverses juridiques [1]. Disons toutefois que le tribunal étranger pourrait être consulté sur le point de savoir si une loi donnée serait en vigueur. Quant à l'application de cette loi à l'espèce du fait, objet de la contestation, elle devrait être laissée au tribunal saisi de l'affaire.

271. — Il peut y avoir d'autres moyens pour arriver au même but, sans recourir à celui que nous avons proposé. Cela doit être laissé à la prudente appréciation du tribunal saisi du litige. Un de ces moyens pourrait être de requérir de personnes compétentes *ratione officii* un avis motivé et raisonné relativement au droit applicable au fait. Et comme il faudrait obtenir une opinion impartiale, il pourrait être utile que le tribunal nommât les personnes appelées à donner

[1] Néanmoins, nous plaçant à un point de vue essentiellement pratique, nous serions tenté personnellement de croire que de semblables consultations fournies par des personnes aussi désintéressées que les magistrats étrangers pourraient être très utiles à la bonne administration de la justice. Etant, en effet, donnée la difficulté pour les magistrats d'appliquer sainement des textes connus et usuels de la législation de leur pays, on conçoit quel peut être leur embarras pour appliquer à une espèce un texte de loi étrangère qui ne leur est nullement familier et qui de plus doit souvent être rapproché d'autres textes qu'ils ignorent. (Note du traducteur Ch. A.)

une consultation légale *pro veritate*, et qui ne devraient pas être au nombre de moins de trois. Les magistrats pourraient ainsi trouver dans les raisons exposées par les experts, les éléments nécessaires pour former leur conviction.

Les agents diplomatiques pourraient aussi être utilement employés, et rien ne s'oppose à ce que le tribunal s'adresse aux consuls résidant à l'étranger, pour connaître si une loi donnée est en vigueur dans le pays où ils exercent leurs fonctions, et surtout pour savoir exactement la teneur et la valeur juridique des lois et des usages commerciaux. Il faut toutefois se persuader, lorsqu'on procède ainsi, que si les renseignements des consuls doivent être considérés comme l'un des moyens d'instruction les plus sérieux pour connaître la loi en vigueur dans le pays où ils résident, leur déclaration ne peut cependant pas être considérée comme une preuve authentique et concluante du droit étranger. Il appartient toujours au magistrat qui doit juger, d'apprécier librement la valeur des informations fournies par les consuls, aussi bien que celle de tout autre moyen d'instruction ordonné par lui.

272. — Il peut encore arriver que les mesures d'instruction ordonnées par le tribunal pour connaître le droit étranger et les preuves administrées à ce sujet par les parties intéressées ne soient pas suffisantes pour établir ce droit. Dans ce cas, il ne nous semble pas que l'on puisse renvoyer le défendeur des fins de la demande, comme lorsqu'on ne fait pas la preuve des faits allégués. Le juge, qui ne trouverait pas la règle juridique nécessaire pour la solution du procès, devrait juger d'après les principes généraux du droit. C'est là la règle générale applicable en toute contestation, qu'il n'est pas possible de trancher par application d'une disposition légale déterminée. Le juge pourra dès lors, en pareil cas, s'en référer à la loi de son propre pays, qui régit les matières semblables, en y cherchant les principes généraux propres à résoudre la contestation.

273. — Enfin, pour ce qui concerne l'application indue de la loi étrangère, on ne peut pas admettre en principe que dans les pays où l'application de la loi étrangère, à laquelle est soumis le rapport juridique contesté, n'est pas rendue, obligatoire en vertu d'une disposition de loi interne (comme cela a lieu en Italie), on puisse former un recours en cassation pour fausse application de cette loi. Dans le système du Code civil italien cela doit être admis, parce que la fausse application du droit étranger impliquerait la violation de notre législation, qui impose formellement aux tribunaux l'application du droit étranger. Mais dans les autres pays, on ne peut pas soutenir la même doctrine, parce qu'il n'y a lieu à cassation, que lorsque le tribunal a indument appliqué la loi en vigueur dans l'État.

La Cour de cassation française, dans son arrêt du 15 avril 1861, s'est exprimée de la façon suivante : « La Cour de cas-« sation instituée pour maintenir l'unité de la loi française « par l'uniformité de la jurisprudence, n'ayant pas la mis-« sion de redresser la fausse application des lois étrangères « à moins qu'elle ne devienne la source d'une contraven-« tion aux lois françaises. »[1]

La même doctrine avait été affirmée par la Cour de cassation belge dans son arrêt du 11 mai 1855 : « Attendu, di-« sait-elle, que les lois citées à l'appui du pourvoi sont des « lois étrangères, et que la Cour ne peut casser des déci-« sions judiciaires pour violation des lois étrangères, à « moins que l'erreur sur le sens d'une loi étrangère ne fût « la source et le principe d'une violation de la loi belge. »

Nous croyons toutefois utile de noter que, même lorsque la loi d'un pays ne contiendrait pas, ainsi que le Code civil italien, un système de règles de droit civil international codifiées, les tribunaux qui, pour résoudre les contestations qui en raison de leur nature et des principes du droit international doivent être tranchées d'après une loi donnée, auraient

[1] Dalloz, 1861, I, 420.

appliqué une loi différente, ne devraient pas être considérés comme hors de l'atteinte de la censure de la Cour suprême, qui pourrait casser leurs sentences pour violation de la loi conformément à laquelle ils auraient dû juger.

On ne saurait, en effet, méconnaître que les règles de droit formulées par les juristes ont par elles-mêmes une grande autorité, quand elles expriment le droit correspondant aux rapports actuels, et que cette autorité est d'autant plus grande, qu'elle résulte d'un accord plus complet des jurisconsultes les plus autorisés. Les magistrats ne peuvent dès lors pas, sans violer les principes du droit et de la justice, s'abstenir en l'absence du droit positif, de tenir compte du droit scientifique, et par suite, lorsqu'ils statuent en opposition à ce dernier droit, la Cour suprême peut et doit trouver un moyen pour casser la sentence.

La Cour de cassation française, comme le fait remarquer Demangeat, a quelquefois statué en ce sens.[1] Ainsi, par un arrêt du 23 février 1864, elle a cassé un jugement du tribunal de Marseille, confirmé par la Cour d'Aix, aux termes duquel il avait été décidé qu'une convention conclue en pays étranger devait être régie par la loi française. Le recourant fondait son recours sur le motif que, d'après les principes constamment et universellement admis, les contrats conclus à l'étranger entre citoyens d'États différents doivent être soumis, aussi bien quant à la forme, que quant à la substance des obligations contractées par les parties, à la loi en vigueur au lieu où elles ont passé le contrat, et que par conséquent l'on devait considérer la loi du contrat comme violée par l'application de la loi française à un contrat conclu dans les possessions anglaises. La Cour de cassation considéra le pourvoi comme bien fondé et cassa l'arrêt, en admettant toutefois qu'il y avait eu violation de la loi française, qui dispose dans l'article 1134, que les conventions légale-

[1] Voir *Introduction au Journal du Droit international privé*, 1re année, 1874.

ment formées tiennent lieu de loi aux parties qui les ont conclues, et que pour décider si une convention pouvait être réputée légitimement conclue, et pour déterminer dès lors la loi à laquelle les parties s'étaient référées au moyen de cette même convention, il fallait se reporter à la loi du lieu où elle avait été passée. En substance, le but fut atteint ; mais la Cour de cassation justifia sa décision en indiquant la violation d'une loi interne, de l'article 1134 du Code civil.

En suivant cette voie, on peut arriver à trouver facilement la violation de la loi internationale. En effet, en l'absence dans la loi écrite d'une règle positive pour trancher une controverse de droit international, comme les juges doivent statuer d'après les principes généraux du droit, il est clair que cette disposition générale serait toujours violée, si les juges appelés à trancher une controverse de droit civil international, en l'absence dans la loi de leur pays d'une règle pour la résoudre, n'avaient pas sainement appliqué les principes du droit international privé, qui en cette matière constituent les principes généraux du droit.

Il faut espérer, que pour écarter toute équivoque, les États civilisés se mettront d'accord sur les règles concernant l'application des lois étrangères. Lorsque cela sera fait, la fausse application des lois étrangères appelées à régir les rapports juridiques donnera incontestablement lieu à cassation.

PARTIE SPÉCIALE

274. Objet de notre étude.

274. — Dans la partie générale, nous avons cherché à exposer les principes d'après lesquels, selon nous, on devrait déterminer la limite de l'autorité de chaque loi. Ayant jusqu'ici posé [1] et discuté la question à un point de vue général, il est naturel que nos conclusions ne puissent servir qu'à résoudre le problème d'une façon abstraite. Nous nous sommes, en effet, borné à rechercher quelle loi doit régir les institutions juridiques, c'est-à-dire la loi qui, de préférence à toute autre, doit régler l'état et la capacité juridiques des personnes, les rapports de famille, les choses, la succession, les obligations légales et conventionnelles.

Le problème que nous nous sommes proposé de résoudre consiste au contraire à rechercher et à établir quelle est la loi à laquelle doit être soumis tout rapport juridique. Or, ce problème ne peut pas être considéré comme résolu par l'exposé que nous avons fait dans la Partie générale. En effet, par cela qu'on considère comme établi qu'une loi donnée doit régir une institution juridique, on ne doit pas par là même considérer qu'on a écarté toute controverse relativement à la règle juridique applicable à chacun des droits privés et civils. L'acquisition et l'exercice des droits qui appartiennent à chaque personne et les moyens propres à conserver et à faire valoir ces mêmes droits peuvent mettre la personne en relation avec des lois diverses, et comme les règles générales que nous avons posées pour déterminer l'autorité de chaque loi sont soumises à diverses exceptions, il est indispensable d'examiner en particulier com-

[1] Voir suprà, p. 69.

ment l'acquisition, l'exercice et la conservation de chacun des droits qui appartiennent aux personnes doivent être réglés par chaque loi, pour écarter les conflits en cas de concurrence de lois différentes ou contraires.

Tel sera l'objet de nos recherches en cette Partie de notre ouvrage. Nous nous proposons, en tenant compte des principes déjà exposés dans la Partie générale, de rechercher quelle est la loi à laquelle chaque rapport juridique doit être soumis, c'est-à-dire de déterminer l'autorité territoriale ou exterritoriale de chaque loi réglant l'acquisition, l'exercice et la conservation de chacun des droits qui appartiennent à la personne.

Nous procéderons à l'examen des matières dans l'ordre déjà adopté dans la Partie générale, parce qu'il nous semble plus propre au développement systématique de toute la matière.[1] Ainsi, nous diviserons cette partie en cinq livres :

Livre Ier. — Des personnes et des droits de condition civile.

Livre II. — Des droits qui dérivent des rapports de famille.

Livre III. — Des droits qui ont les choses pour objet.

Livre IV. — Des droits qui dérivent des obligations.

Livre V. — Des droits de succession.

[1] Les droits privés ou civils, considérés comme des facultés appartenant à la personne et protégés par la loi juridique, peuvent se diviser, en ce qui concerne l'objet auquel ils se rapportent, en *droits personnels* et en *droits patrimoniaux*. Dans la catégorie des droits personnels, on peut comprendre tous les droits de condition civile, c'est-à-dire ceux qui dérivent de la personnalité juridique ou civile de l'homme, et les droits de famille qui ont aussi pour objet la relation personnelle. Dans la catégorie de droits patrimoniaux, on peut comprendre les droits sur tout ce qui peut faire partie du patrimoine de la personne, c'est-à-dire les droits patrimoniaux réels et ceux qui résultent d'un rapport obligatoire sans en excepter la succession qui, considérée comme un tout, est aussi un droit patrimonial. Prenant pour base cette distinction, nous avions, dans la précédente édition, divisé tout notre ouvrage en deux livres ; mais nous nous sommes convaincu, qu'en voulant traiter des rapports juridiques tels qu'ils existent dans la vie réelle, il ne peut être utile de substituer aux divisions traditionnelles de nouvelles divisions, bien que celles-ci puissent sembler mieux correspondre aux données scientifiques.

LIVRE PREMIER

DES PERSONNES ET DES DROITS DE CONDITION CIVILE.

275. Objet du présent livre. — 276. Ordre des matières.

275. — Les droits privés ou civils sont en général les facultés d'avoir, de faire ou d'exiger ce qui est conforme aux lois qui règlent les rapports qui dérivent de l'existence en commun.

Tout droit présuppose :

a) *Une loi*, c'est-à-dire une règle civilement et juridiquement obligatoire consacrée et promulguée par l'autorité publique ;

b) Un sujet, auquel elle appartient, c'est-à-dire une personne, soit naturelle, soit de création juridique ;

c) Un objet soumis au pouvoir de l'être auquel le droit est attribué ;

d) Un fait qui résulte des circonstances dont dépend l'acquisition du droit ;

e) Un moyen propre à rendre le droit juridiquement efficace, c'est-à-dire une action à l'aide de laquelle on puisse le faire valoir en justice.

Le résultat définitif de notre étude doit être de déterminer la loi, ou en d'autres termes la règle civilement et juridiquement obligatoire de tout droit. Tout le problème consiste, en effet, à établir, en cas de concours de lois promulguées par des souverainetés différentes, quelle est celle qu'on doit considérer comme la règle du rapport juridique. Com-

me toutefois le droit appartient à la personne et que la condition civile de celle-ci est une des circonstances importantes, dont il faut principalement tenir compte pour déterminer le rapport entre le droit qui appartient à la personne et la loi auquel il doit être soumis, il est indispensable d'étudier avant tout la personne en elle-même, ainsi que sa condition civile, pour déterminer ensuite les droits personnels et les droits de condition civile, eu égard à la loi dont ces droits doivent dépendre.

On désigne généralement par l'expression *personne* tout être capable d'être sujet de droits et d'obligations. Nous avons dit tout *être*, parce que ce n'est pas seulement l'homme qui est une personne, mais que ce sont aussi tous les êtres qui de par la loi sont aptes à devenir sujets de droits et d'obligations. La loi qualifie en effet de personne l'État, la commune, les œuvres de bienfaisance, les sociétés commerciales et autres du même genre, qu'on nomme *personnes juridiques* ou *morales*, pour les distinguer de la personne naturelle, mais qui sont néanmoins des personnes, parce qu'elles ont, aux termes de la loi, la capacité juridique qui constitue le caractère essentiel et distinctif de la personne.

276. — Nous devons nous occuper des personnes et des droits personnels au point de vue seulement de l'objet de nos recherches. Nous nous bornerons dès lors à établir l'état des personnes en ce qui concerne la détermination de la loi, à laquelle elles doivent être réputées soumises, et les droits de condition civile leur appartenant, en ce qui se rapporte à la loi qui doit régir ces mêmes droits. Tout le reste est en dehors du champ de nos études et rentre dans le domaine du droit civil.

L'état civil de la personne exerce une influence décisive sur la loi à laquelle elle doit demeurer soumise et sur les droits de condition civile qui lui appartiennent, suivant qu'elle a la qualité de citoyen ou d'étranger. Nous nous occuperons dans deux chapitres distincts de la condition ci-

vile des personnes naturelles et de celle des personnes juridiques ou morales, suivant qu'elles sont étrangères ou ont la qualité de citoyens de l'État; nous examinerons ensuite les conséquences juridiques qui dérivent de la qualité de citoyen et de l'acquisition ou de la perte de cette qualité et de la naturalisation.

Nous étudierons ensuite les droits personnels qui subissent une modification pour des raisons tirées du droit social, telles que les modifications qui dérivent du domicile, de l'absence et des condamnations pénales, et pour des raisons résultant du droit naturel, telles que les modifications qui dérivent de l'âge (dont résulte l'absence d'une capacité naturelle suffisante), ou de la maladie (dont peut résulter un défaut permanent ou une altération des facultés mentales, de nature à ôter complètement la capacité d'exercer les droits ou à rendre la personne incapable de s'occuper de ses affaires, comme peut le faire un homme en parfaite santé).

Nous examinerons chacune de ces questions spéciales dans autant de chapitres distincts, et comme l'état civil de chaque personne doit être établi au moyen des actes de l'état civil, nous nous occuperons de ces actes dans un dernier chapitre.

CHAPITRE PREMIER

DE L'ÉTRANGER ET DE SA CONDITION CIVILE.

277. L'homme est naturellement le sujet du droit. — 278. L'action de la loi est différente à l'égard de l'étranger et du citoyen. — 279. Comment à l'époque moderne, on a tenté d'assimiler la condition de l'étranger à celle du citoyen. — 280. Observations critiques sur l'expression employée par le législateur italien. — 281. Inadmissibilité de la théorie de Bianchi relative à la *jouissance* des droits civils. — 282. Observations sur la formule proposée par l'Institut de droit international. — 283. En quoi doit consister l'égalité de condition juridique de l'étranger et du citoyen. — 284. Véritable conception de la personnalité juridique. — 285. L'étranger doit être assimilé au citoyen relativement à l'acquisition des droits. — 286. Il doit lui être également assimilé en ce qui concerne l'exercice de ses droits. — 287. De même pour ce qui est la conservation et la sauvegarde de ces mêmes droits. — 288. Il ne dépend pas du pouvoir discrétionnaire du souverain territorial d'accorder ou de refuser à l'étranger la jouissance des droits privés, ni même de les subordonner à la condition de la réciprocité. — 289. Quels sont les droits, dont la jouissance peut être refusée aux étrangers, ou peut être restreinte en ce qui les concerne. — 290. Règles générales relatives à la condition juridique de l'étranger. — 291. Disposition libérale de la législation italienne. — 292. Comment, dans les autres législations, a prévalu la conception erronée de la réciprocité. — 293. La distinction qui a été faite entre les droits civils et les droits des gens n'a pas une base juridique sérieuse. — 294. Explication de l'expression, droits civils de l'homme. — 295. Condition de l'étranger d'après les lois positives. — 296. Lois anglaises et législations des autres pays. — 297. Condition juridique de l'étranger d'après la loi italienne. — 298. Acquisition et garanties légales des droits. — 299. Droits civils. — 300. Droit d'ester en justice. — 301. Droit de provoquer des mesures conservatoires.

277.—Tout homme, en général, a une capacité naturelle d'acquérir des droits, et c'est pour cela qu'il est par lui-même le sujet du droit, en tant que personne naturelle. Cependant, la personnalité juridique dérive à un certain point

de vue de la loi, puisque le législateur, qui a le pouvoir de commander, de défendre et de permettre, détermine et protège toute faculté pour l'homme (soumis à son autorité) de posséder, de faire et d'exiger. Par conséquent, la *capacité naturelle* de l'homme relativement aux droits se transforme en capacité juridique, quand on le considère comme étant en rapport avec la loi civile ou positive, laquelle en reconnaissant et en consacrant les facultés qui lui appartiennent, reconnait ainsi et consacre les droits privés et civils. Ces droits, pris dans leur ensemble, composent la personnalité juridique de l'homme.

278.—La personnalité juridique de chaque homme, considérée relativement à une loi donnée, doit nécessairement subir certaines modifications dérivant de la circonstance qu'il est citoyen ou étranger. Cela résulte de ce que chaque loi, en temps qu'elle reconnaît ou consacre les facultés, qui prises dans leur ensemble constituent la personnalité juridique, et en tant qu'elle détermine ainsi les droits privés et civils de l'homme, exerce et doit exercer une autorité différente, suivant que le sujet du droit est citoyen ou étranger. Il faut, en effet, considérer que tout homme, envisagé dans ses rapports avec le pouvoir souverain, dont émane la loi, se trouve dans une situation différente suivant qu'il fait partie de l'Etat (c'est-à-dire est citoyen) ou qu'il n'en fait pas partie (c'est-à-dire est étranger).

L'autorité absolue et permanente qui appartient à chaque souverain à l'égard des citoyens a été considéré comme basée sur la sujétion ou *allégiance*, c'est-à-dire l'obligation de fidélité et d'obéissance, dont une personne est tenue envers l'Etat, dont elle est citoyenne et envers le souverain de cet Etat.

D'après la conception moderne, l'Etat est un organisme juridique créé par la volonté des hommes réunis en société, et qui est investi du pouvoir suprême d'exercer un ensemble de fonctions ayant pour but de régler, de déterminer et

de protéger les droits privés et civils des associés au moyen de la loi juridique. L'Etat à l'égard des associés, représente dès lors l'autorité du droit, et le droit constitue une supériorité et emporte la soumission, qui n'est plus la sujétion, mais la conséquence même de l'association volontaire des individus, qui créent et reconnaissent un pouvoir supérieur, qui personnifie en ce qui les concerne l'autorité du droit.

De là il résulte, que même d'après la conception moderne de l'Etat, le rapport entre la loi positive et les droits privés et civils de l'homme doit différer, suivant que celui-ci est citoyen ou étranger. A l'égard du citoyen, l'autorité de la loi est permanente et ne cesse que lorsqu'il se rend à l'étranger; à l'égard de l'étranger, elle est temporaire et contingente, car elle s'exerce quand celui-ci s'est volontairement placé sous l'empire de cette loi, soit en pénétrant sur le territoire où elle exerce son empire, soit en réalisant un fait juridique qui, par sa nature est soumis à l'autorité de cette loi. Toutefois, dans un cas comme dans l'autre, comme chacun est toujours soumis aux lois de sa patrie (la souveraineté ayant le droit de régir et d'obliger ses citoyens par ses propres lois même lorsqu'ils se rendent à l'étranger, et ce tant qu'ils conservent la qualité de citoyen de leur pays d'origine), il en résulte que la condition juridique de celui qui est citoyen et celle de celui qui séjourne sur le territoire, ou qui réalise volontairement un fait juridique en vertu duquel il est soumis à la loi, sont et doivent être différentes d'après la loi territoriale et ne peuvent jamais être assimilées.

279. — Il semblera de prime abord que cette conclusion est en opposition avec la tendance libérale de la doctrine des auteurs modernes, qui soutiennent qu'on doit considérer comme une règle de droit international privé, que l'étranger a les mêmes droits civils que les citoyens, sauf dans le cas où il existe dans la loi une exception. [1] Cette théorie a

[1] Bar, *Das internationale Privatrecht*, § 27.

aussi trouvé une autorité sérieuse en sa faveur de la part de l'Institut de droit international, qui dans sa session d'Oxford, se fondant sur le principe de la parfaite égalité du citoyen et de l'étranger relativement à la jouissance des droits civils, a formulé de la façon suivante la règle qui d'après lui devrait être consacrée dans les Codes de tous les pays ; « L'étranger, quelle que soit sa nationalité ou sa religion, « jouit des droits civils, comme le régnicole, sauf les ex- « ceptions formellement établies par la législation actuelle.»

On a pensé avoir ainsi trouvé une formule plus correcte et plus exacte que celle employée par le législateur italien, lorsque dans l'article 3 du Code civil, consacrant le premier la théorie de l'égalité parfaite entre le citoyen et l'étranger, il a disposé que, « l'étranger est admis à jouir des droits ci- « vils attribués aux citoyens ». Cette disposition, en l'entendant moins littéralement, que suivant l'esprit et l'intention du législateur, est la preuve la plus solennelle que les progrès du droit, préparés lentement par la science, deviennent tôt ou tard la conviction juridique des peuples civilisés, pour être ensuite érigés en maxime juridique et inscrits dans les codes. La règle consacrée dans le Code civil italien établit, en effet, l'égalité juridique entre le citoyen et l'étranger ; elle est dans le domaine du droit civil l'expression de la fraternité des hommes, qui avait été proclamée par la philosophie et la révolution. Cette maxime est le résultat du travail lent et difficile de dix-neuf siècles, qui partant de la négation à l'étranger de la personnalité juridique, a abouti d'abord à la reconnaissance de cette personnalité sous certaines restrictions, et finalement à son assimilation au citoyen.

280. — Disons toutefois que les maximes de droit érigées en règles législatives doivent être l'expression exacte, déterminée et précise de la *mens legislatoris*, en l'absence de laquelle il est impossible d'éviter les incertitudes qui sont les conséquences des expressions impropres ou indéterminées. Or il nous semble que, pas plus la formule proposée

par l'Institut de droit international que celle employée par le législateur italien dans l'article 3 du Code civil, ne rend exactement l'idée qu'on voulait exprimer. De plus, nous ajouterons, que si on voulait s'en tenir à la lettre de la loi, on devrait reconnaître que, telle qu'elle est formulée, elle exprime une conception inexacte, qui ne nous paraît nullement soutenable.

Que signifie en effet la disposition de la loi italienne : « L'étranger est admis à jouir des droits civils attribués aux « citoyens » ?

Les droits civils ou droits privés des citoyens sont l'ensemble des facultés appartenant à l'homme, qui sont reconnues, déclarées ou protégées par la loi positive émanée de l'autorité publique, loi qui a l'autorité et la force d'une prescription impérative. Le pouvoir social ne crée pas les droits, parce qu'ils ont leur base dans la personnalité humaine, et que comme tels ils sont inhérents à la nature humaine et sont pour cela qualifiés de *naturels*. Toutefois, les droits naturels deviennent droits civils ou positifs en vertu de la loi positive et civile, parce que c'est cette dernière qui, en les reconnaissant, en les proclamant et en les protégeant, les transforme en droits *civils* et *positifs*.

Or, étant donné, que le droit civil, suivant l'expression des jurisconsultes romains, est *quod quisque populus sibi constituit* et, ainsi que nous l'avons déjà démontré, que les lois positives doivent différer dans les divers pays, il en résulte que les droits civils ou privés des personnes qui appartiennent à des Etats différents doivent être nécessairement dissemblables.

Dans ces conditions, le législateur italien ayant disposé que l'étranger est admis à jouir des droits civils attribués aux citoyens, a-t-il voulu lui attribuer la même condition juridique qu'aux Italiens pour la jouissance de tous les droits attribués à ceux-ci par la loi civile italienne ? S'il en était ainsi, l'usufruit légal étant attribué au père italien pendant qu'il exerce la puissance paternelle, l'étranger aurait la jouis-

sance de ce droit en Italie, même lorsqu'il ne lui serait pas reconnu par la loi de l'État dont il serait citoyen. De même, la femme mariée étrangère aurait le droit de faire déclarer nulle l'obligation par elle contractée en Italie sans autorisation de son mari ; le fils naturel de l'étranger aurait le droit d'être réputé légitime à la suite du mariage célébré entre ses parents ; et le père étranger pourrait faire opposition au mariage que son fils voudrait contracter en Italie sans son consentement, bien que le fils majeur étranger pût, d'après sa loi personnelle, contracter valablement mariage sans le consentement du père.

On ne pourrait même pas considérer cette expression comme exacte et précise, si on voulait prendre la jouissance des droits attribués aux citoyens comme mesure des droits reconnus par la loi nationale des étrangers, et dont ils peuvent jouir en Italie. En effet, en entendant ainsi le texte de la loi italienne, on arriverait à admettre que la personnalité juridique de l'étranger devrait être reconnue en Italie dans le seul cas où les droits qui lui appartiennent d'après sa loi nationale et dont il réclamerait la jouissance en Italie, seraient conformes à ceux attribués aux citoyens italiens, ce qui ne nous paraît pas admissible.

En effet, il résulterait de là que la femme étrangère, capable de contracter mariage à 14 ans d'après la loi de son pays, ne pourrait pas se marier à cet âge en Italie, parce que le droit de contracter mariage à 14 ans n'est pas reconnu à la femme italienne. De même, on devrait dire que la femme mariée étrangère qui, d'après sa loi personnelle, pourrait valablement faire donation des choses immobilières sans autorisation maritale, ne pourrait pas exercer ce droit en Italie, parce que, d'après la loi civile italienne, l'autorisation du mari est requise. Nous pourrions, du reste, citer un grand nombre d'autres exemples.

281. — Les juristes italiens, qui ont commenté l'article 3 du Code civil, ont cru devoir s'arrêter à l'expression employée

par notre législateur, qui dit que l'étranger est admis à *jouir* des droits civils attribués aux citoyens, et ont soutenu que le législateur, en accordant à l'étranger *la jouissance* des droits civils attribués aux citoyens, lui a accordé (ainsi que l'a dit notamment Bianchi), la possibilité abstraite de jouir des droits, sauf à observer les dispositions de sa loi nationale en ce qui concerne l'exercice de ces mêmes droits.

Nous ferons observer que cette distinction entre la jouissance et l'exercice des droits civils, faite, non seulement par Bianchi,[1] mais encore par d'autres auteurs et notamment par Gianzana,[2] ne saurait être considérée comme bien fondée en droit. Bianchi dit que l'on jouit d'un droit par cela seul qu'il existe à l'état de puissance chez la personne, et qu'il est exercé lorsqu'il est réalisé pratiquement par l'application qui en est faite à ce qui en forme l'objet ; mais il nous semble que c'est là ôter aux mots leur acceptation naturelle et juridique. La jouissance d'un droit ne consiste pas et ne peut pas consister en autre chose qu'en l'exercice actuel de ce même droit. On peut avoir acquis un droit et ne pas l'avoir perdu, sans toutefois en avoir la jouissance, ou bien l'exercice actuel. On peut avoir un droit et ne pouvoir en jouir qu'en l'exerçant par l'intermédiaire d'une autre personne, qui d'après la loi représente ou complète la personne même à qui le droit appartient ; mais en réalité nous ne saurions comprendre la jouissance d'un droit civil indépendamment de l'exercice de ce même droit. Il nous semble dès lors que la distinction entre la jouissance et l'exercice ne peut servir à déterminer et à préciser les termes de la loi italienne, et qu'il faut avoir égard plutôt à l'esprit et à l'essence de cette loi, ainsi qu'à la *mens legislatoris*, qu'à l'expression littérale qui, d'après nous, ne rend pas une idée exacte et bien déterminée.

282. — On peut faire les mêmes critiques de la règle de

[1] *Corso di diritto civile italiano* (2e édition) ; *Delle persone*, § 31.
[2] *Lo straniero nel diritto civile italiano*, t. I.

droit proposée par l'Institut de Droit international, et qui est ainsi conçue : « L'étranger, quelle que soit sa nationalité ou « sa religion, jouit des droits civils, comme le régnicole, « sauf les exceptions formellement établies par la législation « actuelle ».

On ne peut pas dire à la rigueur que, d'après les principes, l'étranger puisse être admis à jouir des droits civils au même titre que le citoyen, toutes les fois qu'il n'existe pas à son encontre une exception formelle édictée par la loi ; car il est certains droits civils qui sont la conséquence des droits dérivant de la condition civile et des rapports de famille, relativement à la jouissance desquels l'étranger ne saurait être assimilé au citoyen.

On pourrait ajouter que, le citoyen devant jouir de ces droits en conformité de sa loi nationale, l'étranger devrait en jouir d'après sa propre loi, et que par conséquent il devrait en jouir à l'égal du citoyen. Nous devons toutefois dire que cela serait décisif pour les questions d'état personnel et de rapports de famille, si toutes les lois admettaient les mêmes règles ; mais comme au contraire il peut arriver, et comme en réalité il arrive, qu'une législation, pour certains rapports, donne la préférence à la loi nationale, tandis qu'une autre la donne à celle du domicile des personnes, les personnes soumises à l'une ou à l'autre de ces législations, peuvent, même pour les questions d'état personnel, se trouver dans une condition juridique différente.

Nous ferons en outre remarquer que l'égalité de condition juridique entre le citoyen et l'étranger ne doit pas être admise seulement en ce qui concerne la jouissance des droits, mais aussi relativement à l'acquisition, à la conservation de ces mêmes droits, et aux moyens de les faire valoir en justice.

283. — Mais en quoi peut consister l'égalité de condition juridique entre l'étranger et le citoyen ? Elle se résume à reconnaître la personnalité juridique de l'un, comme on recon-

naît la personnalité juridique de l'autre, à admettre qu'il puisse non seulement exercer tous les droits légitimement acquis (sauf le cas de l'exception fondée sur le droit public territorial ou sur l'ordre public), mais encore (lorsqu'il a la capacité juridique requise d'après sa loi personnelle) exercer tous les droits pour lesquels la qualité de citoyen n'est pas expressément requise par la loi comme une des conditions légales pour les acquérir; qu'il puisse en outre avoir l'exercice et la jouissance de ces mêmes droits à l'égal du citoyen : elle consiste à admettre que l'exercice des droits privés appartenant à chaque personne soit indépendant de sa qualité de citoyen.

En entendant de cette manière l'égalité de condition juridique de l'étranger, il en résulte que celui-ci ne peut prétendre jouir de tous les droits civils qui sont attribués aux citoyens par la loi territoriale. En effet, les droits civils qui appartiennent à chaque personne étant l'ensemble des facultés reconnues, déclarées et protégées par la loi, à laquelle est par lui-même soumis le rapport ou le fait juridique dont le droit dérive, l'égalité de condition juridique entre l'étranger et le citoyen ne peut se réaliser à ce point de vue, à raison de la personne, si l'étranger et la citoyen, étant soumis à des lois différentes, et ayant usé différemment de leur propre liberté civile pour accomplir volontairement des faits, qui ont eu pour résultat de les assujettir à des lois distinctes, ont ainsi pu acquérir des droits différents.

On ne peut pas non plus soutenir en principe, que cette égalité de condition juridique puisse être réalisée en ce sens que l'ensemble des droits civils, dont jouissent les citoyens, doive être la mesure de ceux dont devraient jouir les étrangers. En effet, cela équivaudrait à faire subir à l'étranger qui entrerait dans un pays une sorte de *capitis diminutio,* en réduisant les droits civils qui lui appartiendraient à la même mesure que ceux reconnus aux citoyens. Cela peut arriver en certains cas et doit nécessairement être admis toutes les fois que la jouissance des droits appartenant à l'étranger et

non reconnus aux citoyens par la loi territoriale, ne pourrait avoir lieu sans porter atteinte au droit public territorial ou à l'ordre public. Cela toutefois constitue l'exception, et doit même être considéré comme l'application de la règle générale, que le droit public est territorial, et que dans chaque État on reconnaît une autorité absolue aux lois qui ont pour but la protection de l'ordre public, et notamment aux lois de police. Dès lors, sauf le cas où la jouissance d'un droit appartenant à un étranger rencontrerait l'obstacle de la loi territoriale, qui ne reconnaîtrait pas un rapport juridique donné pour des raisons tirées du droit politique ou du droit social, il est sans intérêt pour la souveraineté territoriale de réduire la jouissance des droits civils des étrangers d'après les règles qui indiquent l'étendue de ceux attribués aux citoyens.

L'égalité de droits entre l'étranger et le citoyen ne peut, dès lors, pas consister en autre chose qu'en ceci : dans le cercle du droit privé, la personnalité juridique de l'un doit être protégée par la loi au même titre que la personnalité juridique de l'autre. Nous avons dit *dans le cercle du droit privé*, parce que les facultés qui dérivent de l'état public, qui s'établit au moyen de la qualité de citoyen, appartiennent exclusivement aux citoyens de l'État et ne peuvent être attribuées à l'étranger que dans le seul cas où il a acquis la qualité de citoyen conformément à la loi locale. La doctrine à ce sujet n'étant nullement divisée, il est inutile d'en dire davantage. Nous avons ensuite employé l'expression *droit privé*, parce qu'elle indique l'ensemble de tous les droits qui résultent des relations de l'homme avec l'homme. On pourrait lui substituer l'expression *droit civil*, à la condition, toutefois, de désigner tout le droit privé et, par conséquent, aussi toute la partie de ce droit qui, concernant certaines relations privées spéciales, telles que celles qui dérivent du commerce, a été qualifiée de droit commercial et séparée ainsi du droit civil. Nous emploierons indistinctement les dénominations de *droit privé* ou *droit civil*, en exprimant ainsi la même idée.

284. — La personnalité juridique de chacun dans le cercle du droit privé est composée de l'ensemble des facultés, qui sont reconnues et protégées par la loi positive et qui constituent les droits privés ou civils de l'homme. Ils ne peuvent certes pas être considérés comme une création de la loi. Le pouvoir social trouve l'homme avec ses facultés naturelles et dès lors avec sa personnalité naturelle ; toutefois c'est lui qui, en reconnaissant, en déclarant, en consacrant ces droits et en en réglant l'exercice, les rend efficaces et en assure le respect. C'est dès lors avec raison qu'on dit que les lois civiles transforment la capacité naturelle de l'homme relativement aux droits en capacité juridique, et sa personnalité naturelle en personnalité juridique ; mais ce serait une erreur manifeste de penser que les droits de l'homme, en tant qu'ils deviennent droits civils, perdent leur caractère originaire et primitif et que, par cela seul qu'ils sont reconnus et garantis par la loi positive, ils peuvent être considérés comme une concession du législateur.

285. — Maintenant, il est nécessaire de considérer que l'acquisition des droits, soit personnels, soit patrimoniaux, présuppose non seulement un sujet qui a la capacité juridique d'acquérir un droit donné et un objet sur lequel puisse juridiquement reposer ce droit, mais encore un mode légitime d'acquisition, c'est-à-dire un fait juridique, dont la conséquence légale est l'acquisition du droit.

Toute loi détermine les modes d'acquisition des droits, et lorsque l'on ne peut pas, pour des raisons spéciales d'ordre public ou d'intérêt social, justifier la réserve que l'acquisition d'un droit donné est permise aux seuls citoyens, il faut admettre qu'en principe il ne devrait, à ce sujet, exister aucune différence entre le citoyen et l'étranger. Toute personne (citoyen ou étranger), capable d'acquérir un droit, qui accomplit le fait, qui, aux termes de la loi, a pour conséquence l'acquisition du droit, doit être considérée comme ayant acquis juridiquement ce droit.

Par conséquent, même à ce point de vue, on doit admettre l'égalité de condition juridique de l'étranger et du citoyen. Toute loi qui détermine le fait propre à l'acquisition légitime d'un droit et qui ne déclare pas expressément que le seul citoyen peut être habile à acquérir ce droit, doit être présumée applicable indistinctement au citoyen et à l'étranger.

Nous proposerons donc la règle suivante : toutes les personnes capables d'acquérir un droit civil, qu'elles soient citoyennes ou étrangères, peuvent l'acquérir selon le mode légitime d'acquisition établi par la loi, sauf le cas où le législateur aurait disposé autrement.

Cette règle repose sur le principe déjà exposé, que la loi civile, en tant qu'elle reconnaît, règle et protège la liberté civile de l'homme quant à l'acquisition des droits privés, ne fait que reconnaître et régler le développement de ses facultés naturelles, et que puisque ces facultés appartiennent à l'homme comme tel, on ne saurait présumer, en principe, qu'il doive être fait aucune différence entre le citoyen et l'étranger. L'autorité exclusive de la loi de chaque pays à l'égard des citoyens doit être admise, mais elle consiste principalement dans l'établissement de leur état civil et de leurs droits personnels, ou droits de condition civile. Quant au reste, le principe de la loi doit être, que le fait propre à l'acquisition d'un droit peut être accompli valablement au même titre par l'étranger que par le citoyen.

De là il résulte, qu'aussi bien au point de vue des modes originaires d'acquisition des droits qu'au point de vue des modes dérivés, l'étranger doit, en principe, être réputé dans la même condition juridique que le citoyen. Il doit, dès lors, comme ce dernier, être réputé habile à acquérir les droits de succession à titre universel et à titre particulier, soit par actes entre vifs, soit à cause de mort, et il doit lui être permis d'acquérir les droits par le seul effet de la loi, quand il se trouve dans les circonstances données, qui, aux termes de cette même loi, par le seul fait qu'elles se réali-

sent, comportent l'acquisition d'un droit. Ainsi, il peut acquérir les droits de servitude légale, se prévaloir de la possession pour en déduire les conséquences juridiques, user des interdits possessoires qui dérivent de la possession en vertu de la loi, et invoquer la prescription acquisitive.

286. — Pour ce qui concerne l'exercice des droits, comme la personne à laquelle appartient le droit possède la faculté d'en jouir et d'en exiger le respect, et que la jouissance de fait d'un droit civil consiste dans l'exercice actuel de ce droit, soit de la part de la personne elle-même ou de la part du tiers appelé par la loi à compléter la personnalité juridique de l'incapable, on doit admettre en principe que le respect de la personnalité juridique de l'étranger exige qu'on lui assure la jouissance de tous les droits civils qui lui appartiennent, au même titre que l'on assure au citoyen la jouissance de tous ses droits civils. Cela n'exclut pas la faculté pour la souveraineté territoriale de soumettre la jouissance de fait et l'exercice actuel du droit à certaines conditions, lorsque le sujet du droit est un étranger. Ces conditions peuvent être imposées, tantôt pour régler juridiquement l'exercice du droit lui-même, tantôt pour protéger les intérêts des tiers, et tantôt dans le seul but d'enrichir le fisc. Elles doivent, toutefois, toujours être subordonnées au but qui sert à les justifier, et ne pas être exagérées : autrement la faculté légitime de régler l'exercice du droit pourrait dégénérer en arbitraire, lorsque les conditions auxquelles cet exercice serait soumis seraient onéreuses au point de le rendre éphémère et souvent impraticable. [1]

[1] En France, à l'époque où la jouissance des droits civils de la part des étrangers était considérée comme une concession gracieuse du législateur, le droit de célébrer le mariage étant regardé comme un des droits naturels de l'homme, on admettait que les étrangers pouvaient en jouir, sauf la faculté pour le souverain d'en régler l'exercice. Toutefois, cette faculté fut tellement exagérée que les étrangers qui voulaient contracter mariage étaient contraints de payer une lourde taxe, qui absorbait en grande partie la fortune de la femme et ne pouvaient jouir du droit de se

287. — Pour ce qui est de la conservation et de la sauvegarde des droits, il nous semble que l'étranger peut user des moyens établis par la loi territoriale pour conserver les droits civils appartenant à la personne. En effet, les moyens établis par la loi pour la conservation et la sauvegarde des droits ne peuvent pas être réputés établis dans l'intérêt des seuls citoyens. Nous considérons cette règle comme résultant de la conception que l'État est un organisme juridique et qu'il représente l'autorité du droit. Par conséquent, l'une de ses plus nobles fonctions est la protection juridique des droits. Or, la protection juridique du droit ne doit pas être considérée comme un objet d'intérêt national, puisque par sa nature elle a pour but un intérêt international. Par conséquent, on ne saurait, sans méconnaître la mission élevée de l'État, refuser à l'étranger l'exercice de tous les moyens édictés par les lois pour assurer un droit donné. Ainsi, l'étranger peut user de la saisie, du *jus retentionis*, des interdits possessoires et de toutes les autres mesures établies par la loi. Lorsqu'il y aurait lieu d'obtenir la reconnaissance forcée du droit au moyen d'une action judiciaire, il ne devrait être fait aucune différence entre le citoyen et l'étranger, parce que les tribunaux sont institués pour administrer la justice et que la justice n'est pas un rapport juridique créé par la loi territoriale et dont l'existence doive être admise à l'égard des seuls citoyens.

288. — Dans notre ordre d'idées, il est évident, qu'en aucun cas et sous aucun prétexte, la souveraineté territoriale ne pourrait méconnaître entièrement les droits civils de l'étranger, ni lui en refuser la jouissance. Cela équivaudrait, en effet, à attenter à la personnalité juridique de l'homme, laquelle, ainsi que nous l'avons dit, n'est pas autre chose que la personnalité naturelle reconnue et protégée

marier qu'en sacrifiant une portion considérable de leur patrimoine. Cela équivalait à rendre en fait illusoire la jouissance du droit.

par la loi juridique, à laquelle l'homme, à raison de sa condition civile et de ses faits civils, doit être soumis. Il faut dès lors considérer comme certain qu'une loi, qui refuserait complètement à l'étranger la jouissance de ses droits privés, serait en opposition non seulement avec les principes de la science moderne, mais encore avec ceux de la justice naturelle et du droit social.

On ne pourrait pas non plus justifier l'attentat à la personnalité humaine, qui résulterait de la négation complète de la jouissance des droits civils aux étrangers, en invoquant le prétexte des représailles, et en leur refusant ainsi la jouissance des droits qui seraient refusés dans leur pays à nos citoyens. En effet, il ne peut jamais être permis de violer les prescriptions de la justice absolue, pas même à l'encontre de ceux qui abusent de la liberté pour les violer à notre encontre.

L'intérêt politique et le dessein de protéger les citoyens ont fait prévaloir dans certains codes le principe contraire. Ainsi, dans le Code civil français, les représailles juridiques se trouvent érigées en prescription législative, l'article 11 étant ainsi conçu : « L'étranger jouira en France des mêmes « droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Fran« çais par les traités de la nation à laquelle cet étranger ap« partiendra. »

Nous ajouterons qu'il n'a pas manqué d'auteurs qui ont cherché à justifier ce système. Treilhard, en exposant les motifs de cette disposition, a prétendu que la subordination de tout à la réciprocité était le meilleur moyen pour amener les gouvernements étrangers à accorder la jouissance des droits civils aux Français. Un jurisconsulte a été jusqu'à considérer ce système comme un *monument de profonde sagesse*.[1] Parmi les auteurs italiens, Rocco va jusqu'à soutenir que l'exercice même des droits naturels pourrait

[1] Sapey, *Les étrangers en France*, p. 161.

être refusé à l'étranger pour protéger ainsi les intérêts des citoyens.[1]

Toutes ces raisons invoquées ne changent pas la substance de la chose, parce que les représailles juridiques ne peuvent être justifiées par la considération qu'elles ont été consacrées législativement, ni parce qu'elles ont été défendues par les auteurs qui ont regardé l'intérêt comme la mesure du droit. Aujourd'hui les théories se sont modifiées même à ce sujet, et l'on commence à comprendre que le meilleur intérêt d'un peuple civilisé est celui de proclamer le droit et la justice et d'en assurer le respect.[2]

289.— Ce que l'on peut admettre plus raisonnablement, c'est que la jouissance de certains droits peut être refusée à l'étranger, aussi bien lorsque la base en est l'état public, que lorsque la restriction est motivée par un intérêt public.

C'est ce qu'on doit dire du droit de séjourner sur le territoire de l'État et de ne pouvoir en être expulsé pour des motifs de sûreté intérieure, ce qui s'appelle droit d'incolat.[3]

[1] « On ne doit pas croire, écrit Rocco, que lorsque l'Etat auquel les « étrangers appartiennent, nous refuserait l'exercice d'un droit que la na- « ture elle-même nous accorde, il ne nous serait pas permis de pratiquer « la même chose dans le royaume à titre de représaille. Comment penser « que les étrangers pourraient recueillir des successions dans le royaume, « si la même faculté ne nous est pas accordée dans leur pays. » *Diritto civile internazionale*, 1re partie, ch. VIII.

[2] Nous ne saurions, à ce sujet, partager l'opinion de l'auteur. Pour nous, en effet, la base unique du droit est l'intérêt, et le premier devoir de l'Etat étant de protéger ses citoyens et de leur assurer à l'étranger les plus grands avantages possibles et les droits les plus étendus, il doit user du système le plus propre à atteindre ce but, et par conséquent de celui de la réciprocité. Voir *suprà* l'exposé de notre opinion à ce sujet, notes 1 *bis*, p. 32, 1 *bis* p. 50, 1 et 2 p. 52. — (Note du traducteur, Ch. A.).

[3] Le mot *incolat* désigne plus proprement le rapport dérivant de l'établissement du domicile. Cette expression a cependant été employée pour indiquer le droit pour le citoyen de demeurer sur le territoire de l'Etat. Il est clair, qu'ainsi entendu, il désigne un droit qui ne peut pas appartenir à l'étranger parce qu'il n'est pas un droit privé. En effet, le droit privé a toujours pour objet un rapport entre particuliers, et non pas un rapport entre une personne et le gouvernement qui par sa nature doit être régi

Ce droit est exclusivement réservé au citoyen, parce qu'il dérive du rapport public qui s'établit entre lui et le gouvernement au moyen de la qualité de citoyen, et qu'il est naturel qu'il ne puisse appartenir à l'étranger. Ce dernier peut cependant avoir le droit de séjourner sur le territoire de l'État, mais tant qu'il n'a pas perdu la faculté d'y séjourner, qui, en substance, est la faculté naturelle consistant pour chaque homme dans l'usage innocent de la liberté dans tout l'univers. Toutefois, comme la loi civile de chaque pays peut régler l'usage des facultés naturelles de l'homme et en limiter l'exercice pour des raisons d'intérêt public, on comprend que la loi positive puisse légitimer en certains cas l'expulsion des étrangers du territoire de l'État.

Certaines lois attribuent à l'autorité administrative ou au pouvoir exécutif la faculté de décréter l'expulsion de l'étranger, et celui-ci n'a alors aucune garantie, si cette autorité et ce pouvoir abusent de cette faculté et décrètent l'expulsion sans motif raisonnable. Au contraire, d'après les principes de la justice, étant admis que l'homme a le droit naturel d'user innocemment de sa liberté civile, il peut pénétrer sur un territoire étranger et y séjourner, et ne peut en être expulsé sans un motif sérieux d'intérêt public et de nécessité publique. Par conséquent, pour empêcher le pouvoir exécutif d'abuser de ses attributions, en expulsant l'étranger sans rendre aucun compte de cette mesure, certaines lois édictent que le décret doit être motivé et que l'étranger peut recourir au tribunal suprême, pour faire décider par lui, le procureur général entendu, si l'expulsion est conforme à la loi.[1]

Quant aux restrictions fondées sur l'intérêt social, elles sont diverses et peuvent être inspirées par plus ou moins

par le droit public ou par le droit politique, qui ne sont certainement pas applicables aux étrangers.

[1] Voir la loi hollandaise du 13 août 1849 sur les étrangers et nos ouvrages : *Nouveau droit international public*, 2e édit., T. I. p. 611 et T. III. p. 92 et suiv., et *Droit pénal international*, T. I.

de défiance à l'égard des étrangers. Dans le Code sarde, par exemple, aux termes de l'article 28, il était interdit à l'étranger de prendre en gage, à loyer ou à titre de colonat les immeubles situés à une distance moindre de 5 kilomètres de la frontière de l'État. Cette restriction n'a pas été reproduite dans le Code civil italien, où toutefois nous trouvons interdit à l'étranger de devenir propriétaire unique d'un navire italien. On comprend facilement les considérations supérieures d'ordre politique qui justifient cette restriction du droit de propriété.

290. — De tout ce que nous venons d'exposer, on peut conclure que, d'après les principes généraux du droit, il faut admettre les règles suivantes :

a) L'étranger jouit des droits civils qui lui appartiennent, comme le citoyen jouit de ceux qui lui sont attribués par la loi ;

b) L'étranger doit être réputé dans la même condition que le citoyen pour ce qui concerne les modes légitimes d'acquisition, l'exercice, la conservation et la sauvegarde des droits, sauf les seuls cas contraires formellement indiqués par la loi.[1]

c) Tout citoyen jouit exclusivement des droits politiques et de tous les droits qui sont la conséquence de son état public.

291. — Dans notre ordre d'idées, il est clair que nous ne sommes pas d'accord avec tous ceux qui considèrent la disposition du législateur italien comme l'expression définitive et parfaite des principes libéraux, et nous sommes encore plus éloigné de penser comme Gianzana, que l'article 3 de notre Code civil, tel qu'il a été rédigé, soit « la formule « résumant ce que la science a conçu de plus large et

[1] Il reste toutefois bien entendu que l'on doit considérer comme conformes aux principes du droit et de la justice les restrictions légales motivées par l'intérêt public ou la protection du droit social.

« ce que la doctrine a conçu de plus libéral. »[1] Nous pensons, au contraire, que le dernier mot n'a pas encore été dit et que la formule de l'article 3 n'est pas des plus heureuses. En effet, nous la considérons comme suggérée par l'idée de faire accepter l'innovation hardie au droit préexistant et de diminuer les graves discussions qui devaient inévitablement s'élever au sein de la commission législative, lorsqu'il s'est agi de traduire en loi l'idée grandiose qui était dans l'esprit du législateur et qui consistait à reconnaître la personnalité juridique de l'étranger dans le cercle du droit privé et à proclamer que, relativement à ce droit, on devait considérer la qualité de citoyen ou d'étranger comme indifférente.

C'était là une grande innovation aussi bien au droit préexistant dans les diverses parties de l'Italie qu'à celui en vigueur dans les autres pays. Il était naturel que la nouvelle conception, ne pouvant être admise sans de graves discussions, on n'ait pu la formuler exactement avec toute l'ampleur qu'elle comportait. Toutefois si, laissant de côté la forme de la rédaction, on s'attache à la conception elle-même, on ne saurait affirmer que l'article 3 du Code civil italien ne soit pas inspiré des principes les plus libéraux. En effet, en comparant notre législation aux lois des autres pays relatives à la condition civile des étrangers, nous ne pouvons nous dispenser d'admettre que notre Code civil est plus libéral que tout autre.

292. — C'est qu'en réalité dans les autres législations prédomine l'idée, certainement peu exacte, que les droits civils doivent être considérés comme une concession du législateur, qu'ils sont dès lors subordonnés à son bon plaisir, et que par conséquent ils peuvent être complètement refusés aux étrangers, ou subordonnés à des conditions plus ou moins restrictives, parmi lesquelles est prépondérante celle de la réciprocité diplomatique ou législative. Bien plus

[1] Gianzana, *Lo straniero nel diritto civile italiano*, T. I, p. 111.

dans certaines législations, la jouissance des droits civils est subordonnée à la confession religieuse du sujet du droit et se trouve refusée à celui qui professe une religion donnée.[1]

Nous avons déjà fait mention de la législation française. D'après cette législation, la jouissance des droits civils n'est pas un droit absolu de l'homme civil, mais du Français seulement. En effet, elle attribue la jouissance des droits civils d'une façon absolue au Français seulement, et en ce qui concerne l'étranger, elle dispose de la façon que nous avons indiquée précédemment. En s'en tenant à la lettre de cette législation, il faudrait admettre qu'une personne appartenant à un pays avec lequel la France n'aurait pas conclu de traité destiné à régler la jouissance des droits civils à l'égard des Français, se trouverait n'avoir en France la jouissance d'aucun droit civil. Telle est l'anomalie qui résulte de la subordination des règles du droit à l'intérêt. Un homme civilisé peut se trouver dans la condition de ne posséder juridiquement aucun droit civil dont il puisse revendiquer la jouissance dans un pays civilisé comme la France.

293. — Pour écarter une telle anomalie, les auteurs français ont reproduit l'ancienne distinction entre les droits civils et les droits des gens, en indiquant par la première dénomination les droits établis pour les citoyens, et ont dès lors soutenu que les étrangers, d'après le Code civil français, doivent être réputés exclus de la jouissance des droits qui, aux termes de ce Code, sont établis exclusivement pour les citoyens. Mais quels sont les droits établis exclusivement pour les citoyens ? C'est alors que commence la confusion,

[1] D'après la loi de 1840 en vigueur en Roumanie, il était expressément interdit aux Israélites d'acquérir des biens immeubles, même s'ils faisaient partie d'une corporation commerciale. Ils avaient la seule faculté d'acquérir les immeubles urbains.

C'est seulement le 13 octobre 1879 qu'une loi nouvelle abrogea ces restrictions injustifiables et fit disparaître toute différence relative aux droits civils entre les membres des différentes confessions religieuses. Voir *Annuaire de législation étrangère*, 1880, p. 759.

et elle est inévitable, parce qu'il n'existe pas de règles juridiques pour résoudre la question d'une façon certaine. C'est ainsi qu'on a dit, par exemple, que le droit de disposer de la propriété doit être considéré comme un droit des gens, s'il s'agit de disposer au moyen d'un contrat, et comme d'un droit civil, s'il s'agit de disposer par testament, ce dernier mode de disposer de la propriété étant une institution de droit civil. Avec une telle distinction, on est arrivé à refuser en France à l'étranger le droit de succéder et celui de transmettre l'hérédité, par le motif qu'il ne pouvait en jouir que sous la condition de la réciprocité convenue dans un traité.

Toutefois, si on considérait que le droit de propriété est le droit naturel le plus certain et qu'il est comme tel un droit des gens ; que le droit de disposer de la propriété est un des éléments essentiels du droit de propriété, et que par conséquent il est lui-même un droit des gens ; que le droit de disposer de la propriété d'après les modes établis par la loi à laquelle la personne est soumise, est aussi un droit naturel de l'homme et comme tel un droit des gens, on arriverait à la conclusion que si la loi de l'État, dont un individu en faisant usage de sa liberté naturelle serait citoyen, accordait à cet individu la faculté de disposer par testament, en usant de cette faculté, il aurait exercé un droit naturel ou des gens, celui de disposer de sa propriété d'après les modes juridiques établis par la loi à laquelle il serait soumis, et par conséquent on pourrait soutenir que le droit de disposer en ce cas par testament devrait être considéré comme de droit des gens.

Nous avons voulu noter cela pour mettre en évidence que la fameuse distinction entre les droits privés de l'homme d'après le droit des gens et ses droits d'après le droit civil tel qu'il est établi par la loi positive, qui règle les rapports entre homme et homme, a été imaginée pour faire disparaître en partie l'anomalie résultant des législations qui, comme la législation française, méconnaissent la personnalité

juridique de l'homme. Pour éviter l'absurde, on a cherché à limiter la portée de la règle législative, en soutenant qu'elle ne concernait pas les droits de l'étranger qui doivent être considérés comme résultant du droit des gens.

294. — Il serait temps d'écarter ces distinctions inutiles du domaine de la science. L'homme possède les facultés de faire tout ce qui lui est nécessaire pour accomplir sa mission sociale. Chacune de ces facultés constitue pour lui un droit. Tant que ces facultés sont protégées par la seule loi morale, elles sont pour l'homme des droits naturels, mais quand elles sont reconnues, déclarées et protégées par la loi juridique ou civile, elles constituent des droits civils. Les droits civils de l'homme ne sont dès lors rien autre chose que ses facultés naturelles reconnues, déclarées et protégées par la loi positive et civile. La distinction des droits privés et civils de l'homme en droits établis par le droit des gens et en droits établis par le droit civil n'a aucun fondement juridique, aussi ne peut-elle servir pour statuer sur les droits dont la jouissance doit être accordée aux étrangers.

Il nous semble que la seule distinction qu'on puisse faire est celle des droits dont l'acquisition est réservée aux citoyens par une disposition expresse de la loi, et des droits qui, n'étant pas expressément réservés aux citoyens par la loi, peuvent être acquis par quiconque accomplit l'acte dont la loi fait résulter comme conséquence l'acquisition du droit. Il est évident que la jouissance des droits de la première catégorie doit être réservée aux citoyens, puisqu'ils sont, par une disposition expresse du législateur, déclarés habiles à les acquérir.

295. — Il n'y a pas lieu ici d'indiquer les divergences du droit positif des différents pays relativement à la condition juridique de l'étranger. Nous noterons seulement que le principe posé par le législateur français a faussé les idées justes en cette matière, et que la majeure partie des

législateurs ayant consacré la conception fausse, que les droits privés de l'homme sont créés par la loi positive (au lieu de ce qui est vrai, que ces droits préexistant aux déclarations de cette loi, sont seulement reconnus, réglés et défendus par elle et transformés en droits civils), on est arrivé à considérer l'étranger comme un être sans personnalité juridique aux termes de la loi de l'État, et à admettre que ses droits peuvent être réduits au gré du législateur.

296. — En Angleterre, la condition de l'étranger fut pire qu'en tout autre pays jusqu'en 1870. Jusqu'en 1843, on lui refusait le droit de posséder des immeubles ; une loi de cette année lui reconnut le droit de prendre en location les immeubles destinés à l'exercice de son industrie et aux besoins de sa famille, pourvu que la jouissance n'excédât pas 21 ans. Mais on lui refusait complètement le droit d'acquérir ou de transmettre la propriété des immeubles. La loi de 1870 a fait disparaître cette grave anomalie. Elle a, en effet, disposé de la façon suivante :

« Art. 2. — L'étranger est assimilé aux citoyens britan-
« niques en ce qui concerne la possession, la jouissance,
« l'acquisition ou la transmission par tous les modes légaux
« de la propriété des meubles et des immeubles.

« Cependant la jouissance de la propriété immobilière ne
« lui attribue ni la capacité d'arriver aux fonctions publi-
« ques, ni l'éligibilité aux charges parlementaires ou muni-
« cipales, ni le droit de vote.

« Cette jouissance ne lui confère en substance aucun droit
« ou privilège, sauf ceux qui constituent l'essence de la
« propriété.

« Art. 14. — L'étranger est incapable d'être propriétaire
« d'un navire anglais.

« Art. 18. — La capacité de l'étranger pour acquérir les
« immeubles dans les colonies sera d'abord réglée d'après
« les diverses législations coloniales ».[1]

[1] Voir le texte de cette loi dans l'*Annuaire de législation comparée*. T.

Nous ne croyons pas utile d'entrer dans les détails, ni d'exposer d'une façon complète quelle est la condition actuelle de l'étranger, tant d'après la loi anglaise que d'après celle des autres États. Une exposition détaillée nous entraînerait trop loin, et en voulant être brefs, nous ne pourrions pas éviter le grave inconvénient du manque de précision et de clarté.

Il nous paraît dès lors préférable de renvoyer aux auteurs qui ont traité cette matière, [1] et de nous borner à dire quelle est la condition juridique de l'étranger en Italie.

I, et un exposé de cette même loi dans la *Revue du Droit international*, 1871, p. 601.

[1] Voir en ce qui concerne la condition des étrangers :

En Autriche : Stoerk, dans le *Journal du droit international privé*, 1880, p. 329 ; Beauchet, *Perte et acquisition de la nationalité autrichienne*, *id.*, p. 362 ; Lombard, *id.*, 1887, p. 210.

En Belgique : Haus, *Du droit privé qui régit les étrangers en Belgique* ; Lippeps, *Législation civile sur les droits dont les étrangers jouissent en Belgique* ; Laurent, *Droit civil international*, T. II et *passim* ; Borchrave, *Droit des auteurs et des artistes étrangers. Journal du droit international privé*, 1887, 403.

En Danemark : Hinderburg, *De la situation légale des sociétés étrangères*, *Journal du droit international privé*. 1884, p. 35, et Goos, *De l'exécution des jugements étrangers*, *id.*, 1880, p. 368.

En France ; Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France* ; Legat, *Code des étrangers ou Traité de la législation française concernant les étrangers* ; Sapey, *Les étrangers en France sous l'ancien et le nouveau droit* ; Gand, *Code des étrangers* ; De Royer, *De la condition civile des étrangers en France* ; Durand, *Essai du droit international privé* (1re partie) ; Laurent, *Droit civil international*, T. II ; De Folleville, *De la condition juridique des étrangers en France* ; Renault, *De la succession ab intestat des étrangers en France*, dans le *Journal du droit international privé*, 1875, p. 329.

En grande-Bretagne : Le Baron, *Code des étrangers* ; Westoby, *Résumé de la législation anglaise* ; Westlake, *La doctrine anglaise en matière de droit international privé*, *Journal du droit international privé*, 1881, p. 312, 1882, p. 5 et *Revue du droit international privé*, 1885, p. 285 à 307 ; Pavitt, *Compétence des cours anglaises, particulièrement à l'égard des étrangers*, *Journal du droit international privé*, 1885, p. 505 ; Stephen, *New commentairies on the Law of England* ; Harrison, *Conflits des lois particulièrement en Angleterre. Journal du droit international privé*, 1880, p. 417 et 533 ; Pavitt. *Compétence des cours anglaises particulièrement à l'égard des étrangers*, *Journal du droit international privé*, 1885, p. 505.

297. — La disposition de l'article 3 du code civil italien, qui a trait à la condition juridique de l'étranger, telle qu'elle a

En Allemagne: Gianzana. *Lo straniero nel diritto civile*, législation comparée, t. 1, p. 210 ; Hænel, *Situation légale des enfants étrangers en Allemagne*, *Journal du droit international privé*, 1884, p. 477 ; Laurent, *Droit civil international*, t. II, *passim ;* Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*, T. III, p. 83; Heyssner, *Exécution des jugements étrangers dans l'empire d'Allemagne*, *Journal du droit international privé*, 1882, p. 25.

En Italie : *Gianzana, Lo straniero nel diritto civile italiano ;* Esperson, *Droit international privé dans la législation italienne, Journal du droit international privé*, 1879, p. 329 et années suivantes.

Au Pérou : *De la condition légale des étrangers au Pérou* par Pradier-Fodéré, dans le *Journal du droit international privé*, 1883, p. 5.

En Portugal : Mello-Freire, *Inst. juris civil.*

En Hollande: Asser, *Droit international privé*, traduit par Rivier-Hingst, *Jurisprudence des cours et tribunaux des Pays-Bas en matière de droit international* ; *Revue du droit international*, 1882, p. 414 à 435.

En Roumanie: Suliotis, *Journal du droit international privé*, 1887, 430, et loi du 13 octobre 1879 revisant l'article 7 de la constitution dans l'*Annuaire de législation étrangère*, 1880, p. 759, et les notions sur les lois en vigueur en ce qui concerne les étrangers, id.

En Russie : Lehr, *De la force obligatoire de la législation russe au point de vue du droit international, Journal du droit international privé*, 1877, p. 205 ; Witte, *Die Rechtsverhältnisse der Ausländer in Russland.*

En Serbie : Paulowich, *Condition juridique des étrangers en Serbie, Journal du droit international privé*, 1884, p. 140.

En Espagne ; Torres Campos, *Principios de derecho international privato en sus relaciones con el derecho civil de Espana* ; Tores y Aguilar, *Droit international privé suivant la législation espagnole, Journal du droit international privé*, 1879, p. 27. Lehr, *Les éléments du droit civil espagnol.*

En Suède : Dareste, *Condition légale des étrangers en Suède, Journal du droit international privé*, 1880, p. 434, et Olivecrona, *Mariage des étrangers en Suède*, id., 1883, p. 343.

En Suisse : *Recueil des constitutions fédérales et cantonales en vigueur au 1er janvier 1880* ; *Loi fédérale sur la capacité civile du 22 juin 1881*, en vigueur depuis le 1er janvier 1882 ; *Code fédéral des obligations*, décrété par le Conseil des Etats le 10 juin 1881 et par le Conseil national le 14 juin 1881, exécutoire à partir du 1er janvier 1883, *Annuaire de législation étrangère*, 1882, p. 520 ; Lehr, *Des successions d'étrangers dans le canton du Valais, Journal du droit international privé*, 1877, p. 523, et 1883, p. 13 ; Konig, *Des droits des étrangers en Suisse en matière de marques de fabrique et de commerce*, id., 1883, p. 585 ; Martin, *De la capacité civile au point de vue du droit international privé selon la législation fédérale suisse*, id. 1883, p. 29.

Dans la Tripolitaine ; Voir le traité du 12 février 1873 entre la Grande

été entendue en doctrine et en jurisprudence, exprime l'assimilation complète et sans conditions de l'étranger au citoyen au point de vue du droit privé. En effet, ce n'est pas seulement en ce qui concerne la jouissance des droits acquis par l'un ou par l'autre, mais aussi en ce qui concerne l'acquisition de ces mêmes droits, que l'on admet que l'étranger, lorsqu'il en a la capacité d'après sa loi nationale, a la même condition juridique que le citoyen, sauf dans les cas, où la législation italienne réserve au citoyen la faculté d'acquérir un droit donné, soit en disposant formellement que la qualité de citoyen est une condition essentielle pour l'acquisition de ce droit, soit en interdisant à l'étranger l'acquisition d'un droit donné.

298. — Dans la législation italienne, on n'a aucunement limité le droit pour l'étranger d'acquérir des droits sur les meubles et les immeubles, sauf cependant en ce qui concerne la propriété entière d'un navire italien. Par conséquent l'étranger peut, en Italie, devenir propriétaire de mines, d'établissements industriels, d'œuvres d'art, des marques de fabrique, en observant les formalités légales auxquelles est subordonnée l'acquisition du droit de propriété sur ces diverses choses. En acquérant la propriété, l'étranger, en outre, acquiert tous les droits qui dérivent légalement de celui de propriété, tels que, par exemple, les droits de servitudes légales. On ne peut non plus lui refuser l'acquisition de ce même droit de propriété au

Bretagne, la France, l'Italie et la Turquie, qui y rétablit l'application des capitulations.

En Turquie : Voir les capitulations et Gavillot, *Essais sur les droits des européens en Turquie et en Egypte,* Paris 1875 ; Gatteschi, *Manuale di diritto publico e privato mussulmano* ; Féraud-Giraud, *De la juridiction française dans les Echelles du Levant*, et Contuzzi, dans le *Digesto italiano* V° *Scali del Levante.*

On trouve beaucoup d'informations sur la condition des étrangers et sur l'application des lois des divers pays en cette matière dans le *Journal du droit international privé*, et l'*Annuaire de législation étrangère* renferme les lois qui règlent cette condition.

moyen de la prescription, dans les cas où elle est admise pour le citoyen.

De même, le droit d'acquérir par succession, par donation et par testament doit être reconnu à l'étranger, sans être subordonné à aucune condition; comme également, on doit lui accorder tous les droits accessoires qui, d'après la loi italienne, sont inhérents au droit principal. Ainsi, l'étranger a incontestablement le droit d'hypothèque légale dans les cas prévus par notre loi qui peuvent lui être applicables. Telle est notamment l'hypothèque du vendeur ou de tout autre aliénateur sur les immeubles aliénés pour garantie de l'accomplissement des obligations dérivant de l'acte d'aliénation ; telle est aussi l'hypothèque instituée en faveur des cohéritiers, des associés et des copartageants ayant des droits sur les immeubles tombés dans l'hérédité, dans la société ou communauté pour le paiement des soultes.

A supposer dès lors qu'un étranger vende un immeuble à un Italien, en lui accordant un délai pour le paiement du prix, le conservateur des hypothèques devrait en ce cas, aux termes de l'article 1985 de notre Code civil, en transcrivant l'acte d'aliénation, inscrire d'office, en faveur du vendeur étranger, l'hypothèque légale établie par l'article 1969, et lorsqu'il aurait omis de le faire, ce vendeur aurait, au même titre qu'un Italien, le droit d'agir en dommages et intérêts contre le conservateur des hypothèques en raison de tout dommage résultant du défaut d'inscription.

On devrait décider de même lorsque, dans une succession ou bien dans une société ou association régies par la loi italienne, un des cohéritiers ou associés serait étranger. Alors, cet étranger aurait droit à l'hypothèque légale garantissant le paiement des soultes.

299. — Pour ce qui concerne les droits civils et personnels, nous ferons remarquer que l'étranger peut, en Italie, avoir l'exercice et la jouissance de tous les droits personnels qui lui sont attribués par sa loi nationale. Il faut, tou-

tefois, excepter les cas prévus par l'article 12 des dispositions générales du Code civil italien, aux termes duquel la loi italienne est sans effet, lorsqu'elle attribue aux personnes des droits en opposition avec les lois italiennes qui concernent d'une façon quelconque l'ordre public et les bonnes mœurs.[1]

Il est par conséquent hors de doute, en droit italien, que l'étranger, lorsqu'il en est personnellement capable, peut adopter et être adopté, être tuteur et membre d'un conseil de famille, pourvu toutefois qu'il remplisse les conditions nécessaires pour l'exercice de ces droits. Il peut également être arbitre : le législateur italien a, du reste, écarté tout doute à ce sujet, en disposant expressément dans l'article 10 du Code de procédure civile que tout un chacun, *citoyen ou étranger*, peut être nommé arbitre. Il peut, en outre, servir de témoin dans les actes publics, pourvu qu'il réside dans le royaume. En effet, l'article 788 du Code civil, en disposant relativement aux témoins des testaments, dit qu'ils doivent être majeurs de 21 ans, citoyens du royaume *ou étrangers y résidant*. De plus, dans la loi sur le notariat, se trouve consacrée, dans l'article 42, la règle générale que, « les témoins « doivent être majeurs de 21 ans, citoyens du royaume, ou « étrangers y résidant. »

300. — Indubitablement, le droit d'ester en justice en qualité de demandeur, sans être soumis à aucune obligation de fournir caution pour les frais du procès, est attribué à l'étranger par la loi italienne. De plus, dans notre législation, il existe une disposition véritablement libérale à l'égard de l'étranger, celle qui se trouve dans la loi du 6 décembre 1865 modifiée par celle du 19 juillet 1880, et relative à l'assistance judiciaire. Dans cette loi, il est pourvu à ce que les personnes qui n'ont pas les ressources nécessaires pour faire valoir leurs droits en justice, puissent obtenir du gouvernement l'a-

[1] En ce qui concerne la saine interprétation de l'art. 12, voir notre avis dans notre ouvrage, *Sulle dispozioni generali del codice civile*, T. II, p. 1 et suiv.

vance des frais et une assistance gratuite de la part des avoués et des avocats. Or, les étrangers sont admis à jouir de cette faveur, notre législateur ayant formellement disposé dans l'article 8 de la loi de 1865, que tous ceux qui se trouvent dans les conditions prescrites par l'article 9, *sans excepter les étrangers,* sont admis au bénéfice de l'assistance judiciaire.

Dès lors, l'étranger, non seulement n'est pas astreint à fournir la caution *judicatum solvi* ou caution *pro expensis*, mais encore s'il est indigent et se trouve dans les conditions prévues par la loi pour qu'un Italien puisse obtenir l'assistance judiciaire, il peut aussi jouir de ce privilège.

Nos lois relatives à la procédure et aux jugements établissent les règles relatives à la compétence des tribunaux et à la procédure ; mais ce n'est pas ici le lieu de les exposer. Nous noterons seulement que l'étranger qui a la capacité requise pour être demandeur et qui se trouve dans les conditions exigées par notre législation pour attribuer la compétence à nos tribunaux, peut faire trancher par ceux-ci toute sorte de contestations, sans qu'il soit fait aucune différence relativement aux formes de la procédure suivant que le défendeur est un citoyen italien ou un étranger.

301. — Finalement, en ce qui concerne les mesures édictées par notre loi pour la conservation et la sauvegarde des droits, la doctrine et la jurisprudence italiennes sont d'accord pour admettre qu'un étranger peut se prévaloir des dispositions de notre Code civil et de notre Code de procédure civile, pour obtenir quand il y a lieu la saisie judiciaire ou la saisie conservatoire contre un étranger ou un italien.[1]

Ce droit a été reconnu largement par les tribunaux italiens. Ils ont, en effet, admis que l'on peut obtenir la saisie

[1] Ce n'est pas ici le lieu d'étudier à fond la question de savoir quand ce droit peut être exercé. Nous en traiterons à son lieu, en attendant nous renvoyons à Gianzana, *Lo straniero nel diritto civile*, T. II, § 250 et suiv.

conservatoire, même pendant le cours d'une instance à l'étranger, relativement à l'existence de la créance à raison de laquelle on a requis la saisie des biens du débiteur présumé qui existent dans le royaume, [1] et qu'elle peut être obtenue par un étranger à l'encontre d'un autre étranger, bien qu'ils ne résident ni l'un ni l'autre en Italie. [2]

On admet sans discussion que l'étranger a le droit de provoquer de la part de nos tribunaux toutes les mesures provisoires admises par la législation italienne pour assurer la conservation des droits.

Nous n'entrerons pas dans d'autres détails, ce que nous venons de dire étant suffisant pour donner une idée succincte du système véritablement libéral consacré par la loi et la jurisprudence, et pour faire connaître comment la condition juridique de l'étranger est en fait assimilée en Italie à celle du citoyen.

[1] Voir Cour de Messine, 10 décembre 1877, Cooper C. Beck et Parisi, *Temi Zanclea*, 1877, 15.

[2] Voir Cass. de Turin, 25 juin 1870, Canzio C. Perez Weber Gotz, *Giurisprudenza Torinese*, 1870, p. 490.

CHAPITRE II

DES PERSONNES JURIDIQUES ÉTRANGÈRES.

302. Comment les personnes juridiques sont une création de la loi. — 303. Principales catégories de ces personnes. — 304. Leur condition juridique peut être étudiée à divers points de vue. — 305. D'après quelles règles doit-on déterminer leur caractère de nationales ou d'étrangères. — 306. De la jouissance et de l'exercice de leurs droits à l'étranger. — 307. Doctrine de Laurent. — 308. Théorie de la Cour de cassation française. — 309. Opinion de Mancini. — 310. De Ricci, de Pierantoni et de Bianchi. — 311. Doctrine contraire de Merlin. — 312. Opinion de Brocher. — 313. De Gianzana. — 314. Théorie de la Cour de cassation de Turin. — 315. Doctrine de Lomonaco. — 316. La façon dont la question a été posée a rendu plus difficile d'arriver à des conclusions précises. — 317. On ne saurait admettre l'assimilation entre les personnes naturelles et les personnes juridiques. — 318. Notre opinion. — 319. Les personnes juridiques doivent être admises au bénéfice de la vie internationale. — 320. Comment doivent être protégés les droits des souverainetés et ceux des tiers. — 321. Les personnes morales ont une sorte de statut personnel, mais il est indispensable qu'elles soient reconnues. — 322. De l'exercice des droits des êtres moraux étrangers reconnus et de l'application de la loi territoriale.

302. — L'homme est, par lui-même et naturellement, un être capable d'obliger les autres envers soi et de s'obliger envers les autres. C'est pour cela que l'individualité humaine est le type naturel du sujet du droit, ou comme l'a dit énergiquement Justinien, l'être pour lequel le droit existe.

La loi positive a créé, pour ainsi dire à l'imitation de la personne physique, la personne juridique ou personne morale. Nous disons créé, parce qu'en réalité les êtres qui, sans avoir la capacité naturelle pour être sujets du droit, ont néanmoins la capacité d'acquérir et d'exercer les droits, doivent

être réputés créés artificiellement par la loi qui leur a attribué cette capacité.

Il ne nous paraît pas utile de dire quelles sont les personnes juridiques, et quels sont les éléments essentiels de leur personnalité. Nous dirons seulement que la personne juridique est un être organisé à qui la loi attribue la personnalité juridique, une condition civile et une certaine capacité relativement aux droits, afin qu'il puisse avoir la faculté de se servir des moyens propres à atteindre le but pour lequel il a été institué.

303. — Toutes ces personnes peuvent se réduire à deux catégories générales :

a) Associations d'hommes réunis avec l'assentiment de l'État pour une fin utile et déterminée (*societas*, *collegium*, *ordo*), à qui l'État attribue la personnalité juridique, laquelle est par elle-même bien distincte et différente de celle des personnes physiques, c'est-à-dire de celle des hommes qui la composent.

b) Associations de biens ou de droits pour la réalisation d'une œuvre utile (*universitas bonorum*), dont résulte une institution, une fondation, un établissement auquel l'État, dans l'intérêt public, attribue la personnalité et la capacité d'exercer certains droits pour atteindre mieux son but.

L'État est la plus grande et la plus importante des personnes juridiques, et l'on dit communément qu'il est, de plein droit, une personne.

Dans la société civile, on considère aussi, par suite d'une disposition de la loi, comme personnes la commune, la province et les sections dans lesquelles se divise l'État, et qui représentent un ensemble d'intérêts collectifs. On a, en outre, considéré comme personnes certaines institutions civiles ou ecclésiastiques, qui ont été qualifiées telles, parce qu'elles sont destinées à réaliser certaines œuvres d'utilité publique reconnue. Il serait entièrement inutile d'en donner l'énumération, parce qu'en attribuant à chacune d'elles la

personnalité juridique, chaque souveraineté fait un ample usage de sa propre autonomie, et dans les divers pays les êtres moraux reconnus comme personnes varient suivant les règles qui prévalent relativement aux besoins publics reconnus, en considération desquels on peut considérer comme convenable d'attribuer la personnalité juridique à certains êtres.

Nous pouvons dès lors poser comme règle que, d'après la loi positive, on doit considérer comme personnes juridiques tous les êtres organisés et légalement reconnus, auxquels la loi attribue la capacité d'acquérir et d'exercer certains droits.

304. — Ceci posé, il faut considérer que la condition civile des personnes juridiques peut être étudiée à deux points de vue :

1° En ce qui concerne leur organisation et l'existence de leur personnalité juridique ;

2° En ce qui regarde l'exercice et la jouissance des droits accordés par la loi à ces personnes.

La question, en ce qui concerne le premier point de vue, doit être résolue d'après la loi interne de l'État, dont on doit considérer que la personne juridique fait partie. Il faut, en effet, se référer à cette loi quand il s'agit de décider si cette personne a ou non une existence légale, et de déterminer ensuite quelle est l'étendue de la personnalité.

305. — Nous devons dire à ce sujet que, de même que chaque individu appartient à un État, et que l'un des éléments de sa personnalité civile est la condition de citoyen ou d'étranger, de même les personnes juridiques, ou bien font partie de l'État et doivent être réputées nationales, ou bien n'en font pas partie et doivent être considérées comme étrangères.

Mais quels sont les éléments constitutifs du caractère de national ou d'étranger, lorsqu'il s'agit d'une société, d'une *universitas personarum* ou d'une *universitas bonorum?*

Tout être moral a une personnalité et une existence juridiques propres et distinctes de celle des individus qui composent la corporation, et a son caractère de national ou d'étranger. Or, il faut, avant tout, s'assurer de ce caractère et de cette qualité pour déterminer les rapports avec sa loi propre.

De même que les individus sont citoyens ou étrangers, et que c'est la qualité de citoyen qui sert à déterminer leurs rapports avec le statut personnel, de même les personnes juridiques, les corps moraux de toute nation, sont nationaux ou étrangers, et c'est cette qualification qui établit *prima facie* leurs rapports avec leur propre législation.

Mais quels sont les éléments constitutifs du caractère de national ou d'étranger d'un corps moral?

A cet égard, il faut dire que la personnalité juridique d'un corps moral ne résulte ni de celle des membres qui le composent pris individuellement, ni de celle de tous pris collectivement. Par conséquent, on ne saurait qualifier d'étranger un tel corps parce que tous les membres le composant seraient étrangers. On ne peut, en effet, confondre les qualifications juridiques des individus, *uti singuli*, avec celles du corps moral, *uti universitas*. Et comme chaque corps moral n'acquiert la personnalité juridique que par un acte de la puissance souveraine du lieu où son existence est reconnue, c'est à l'acte de fondation du corps qu'il faut se reporter pour décider s'il doit être considéré comme national ou étranger. Si cet acte de fondation qui lui attribue la personnalité juridique émane de la souveraineté nationale, le corps moral doit être considéré comme national, même quand les membres qui le composent sont étrangers. Si, au contraire, l'acte de fondation émane d'une souveraineté étrangère, et si, soit par suite de bons rapports entre les États, ou par suite d'une règle de droit prévalant dans un pays et consistant à reconnaître la personnalité originaire des corps moraux de ce genre, un de ces corps était admis à exercer ses droits dans l'État, il conserverait toujours son caractère d'étranger, bien que par suite de remplacements

successifs, tous ses membres fussent, en un temps donné, devenus des nationaux. La personnalité juridique d'un corps moral est dès lors toujours indépendante de la qualité de ses membres, et sa nature ne change pas par suite du changement des personnes qui le composent : elle dépend, au contraire, complètement de son acte de fondation, et il faut s'en référer exclusivement à la souveraineté qui lui a donné la vie sur le territoire soumis à son pouvoir souverain.

306. — La question, au second point de vue, c'est-à-dire à celui relatif à la jouissance et à l'exercice des droits attribués aux personnes juridiques aux termes de la loi, par laquelle elles ont été créées, présente plus de difficultés non seulement par rapport à la loi de l'État qui leur a conféré la vie juridique, mais encore par rapport aux lois des autres États, dans lesquels ces personnes voudraient déployer leur activité, et avoir la jouissance et l'exercice de leurs droits.

Certains auteurs ont prétendu que les principes qui règlent la jouissance et l'exercice à l'étranger des droits appartenant à l'homme, devaient aussi régler la jouissance de ceux attribués par la loi à la personne juridique. D'autres, au contraire, ont soutenu en principe que les personnes juridiques légalement constituées aux termes de la loi de l'État ne pouvaient pas prétendre à la vie juridique internationale. Ils ont dit, qu'en effet, ces sociétés existant seulement lorsqu'elles ont été reconnues et autorisées par le souverain territorial, elles ne peuvent prétendre jouir de la personnalité juridique que sur le territoire de l'État par lequel elles ont été reconnues et autorisées ; mais que, dans les autres États, n'ayant naturellement aucune existence juridique et ne pouvant l'obtenir qu'en vertu de l'autorisation du pouvoir suprême aux termes de la loi, elles ne pouvaient avoir de vie et d'existence juridiques que lorsqu'elles étaient reconnues et autorisées par le souverain territorial.

De ces principes, ces auteurs concluent que la capacité juridique des personnes morales est tout à fait nulle en dehors des frontières de l'État qui les a créées. D'après eux, la capacité juridique est impossible en l'absence d'une personne à qui elle puisse être attribuée, et comme les personnes juridiques n'ont pas une vie propre, mais l'acquièrent lorsqu'elles ont été régulièrement reconnues par l'autorité publique compétente sous les conditions et les modalités prévues par la loi, on doit réputer indispensable, pour qu'elles puissent avoir la capacité juridique en pays étranger, qu'elles soient d'abord régulièrement reconnues et autorisées par l'autorité publique compétente de ce pays.

307. — Laurent est l'un des partisans de cette théorie. Après avoir longuement démontré qu'il y a une différence radicale entre les personnes physiques et les personnes juridiques [1], tant en ce qui concerne leur aptitude à être sujets du droit que pour ce qui concerne les droits dont elles peuvent jouir, il part de l'idée que le législateur seul peut créer les personnes juridiques et qu'il ne peut avoir cette autorité que dans les limites du territoire où il commande, pour conclure que les personnes juridiques ne peuvent avoir aucun droit à l'étranger, parce qu'elles n'ont aucune existence légale [2]. « La corporation, dit l'éminent juriste, tient son existence de la loi et la loi ne peut la reconnaître que dans la limite de territoire sur lequel elle a empire : le législateur ne pourrait, quand même il le voudrait, lui donner une existence universelle, car cette existence est une fiction, et la fiction implique la reconnaissance du législateur. Pour qu'il y eût une fiction universelle, il faudrait un législateur universel, et à défaut d'un législateur qui étende son pouvoir sur toutes les nations, il faudrait que la fiction fût adoptée par les autres : une fiction créée par la

[1] Laurent, *Droit civil international*, T. IV, n° 72 et suiv.
[2] *Id.*, n° 130 et suiv.

« loi dans un pays est inexistante dans un autre aussi long-« temps qu'elle n'y a pas été reconnue. Une fiction uni-« verselle créée par la volonté d'un législateur est une im-« possibilité juridique ; donc ce que disent les auteurs que « les personnes juridiques existent partout et exercent « leurs droits partout est une hérésie. »[1]

Partant de ces principes, Laurent dit que la question des droits dont peuvent jouir les personnes juridiques à l'étranger, posée en termes généraux, est une absurdité juridique, bien plus il ajoute : « La question des droits des personnes « juridiques ne peut pas même être posée pour celles qui « ne sont pas reconnues, n'étant pas reconnues, elles n'ont « pas d'existence légale aux yeux de la loi, c'est le néant, et « demande-t-on quels sont les droits du néant ? Voilà certes « une hérésie s'il en fut jamais ! »[2]

308. — La théorie de Laurent a été admise par la Cour de cassation française qui, à propos d'une société anonyme étrangère, a statué de la façon suivante :

« Attendu que la société anonyme n'est qu'une fiction de « la loi, qu'elle n'existe que par elle et n'a d'autres droits « que ceux qu'elle lui assure ; que la loi qui dérive de la « souveraineté n'a d'empire que dans les limites du terri-« toire sur lequel cette souveraineté s'exerce ; qu'il suit de « là que la société anonyme étrangère, quelque régulière-« ment constituée qu'elle puisse être dans le pays dans le-« quel elle s'est formée, ne peut avoir d'existence en France « que par l'effet de la loi française et en se soumettant à ses « prescriptions. Que vainement on objecterait que le statut « personnel suit l'étranger en France, et qu'à cet égard au-« cune distinction n'est à faire entre les lois qui règlent la « capacité des individus et celles qui règlent l'état et la ca-« pacité des êtres moraux ; qu'en effet, à la différence des

[1] *Op. cit.*, p. 232.
[2] *Op. cit.*, p. 256.

« personnes civiles, les personnes naturelles existent par « elles-mêmes et indépendamment de la loi, et que l'on ne « saurait confondre quant à l'autorité qu'elles peuvent avoir, « en dehors du pays pour lequel elles ont été faites, les lois « qui créent la personne et lui donnent l'existence, et celles « qui ne font que réglementer ses droits et déterminer les « conditions de leur existence. »[1]

309. — La question de savoir si les personnes morales étrangères avaient ou non un statut personnel exterritorial a été vivement discutée par les juristes italiens. Les uns ont admis l'opinion de Laurent, d'autres l'ont repoussée. Parmi les premiers on peut citer Mancini, qui, dans son rapport sur le Code de commerce, à propos de la reconnaissance des sociétés étrangères en Italie, souleva la question générale de principe et reproduisit la doctrine de Laurent : « Avant « d'examiner, écrivait-il, par quelle loi doivent être réglés « les droits que les personnes morales réclament, il faut « prouver qu'elles ont véritablement la possibilité d'exercer « des droits hors de leur propre pays. Mais pour exercer des « droits, il est nécessaire d'exister.

« Or, les personnes physiques existent indépendamment « de la loi qui règle leur état et leur capacité, et pour cela « jouissent à l'étranger des droits naturels, et chez nous « aussi, de tous les droits civils, tandis qu'au contraire les « personnes morales n'existent pas réellement et naturel- « lement, elles doivent leur vie à une fiction et à un acte « de volonté de l'autorité politique, à qui il a plu de les « créer et de les constituer au moyen de l'œuvre de la loi « dans un but d'utilité publique, jugée d'après le principe « de l'intérêt régional, et pour cela n'ont pas d'existence et « ne peuvent avoir de droit hors des limites du territoire « sur lequel s'étend la souveraineté qui leur a attribué une « vie artificielle et dont la loi qui les a créés est l'organe.

[1] Cassation, 1er août 1860 (Dussort). Dalloz, 1860. I, p. 444.

« Il serait absurde que le législateur prétendît conférer à « une société nationale une existence universelle. Même en « le voulant, il ne le pourrait pas, parce que son autorité « ne s'étend pas sur tout le genre humain, mais est res- « treinte à la nation qu'il représente.

« Comme conséquence immédiate de tout cela, il résulte « que si une personne morale voulait exercer quelque droit « à l'étranger, elle aurait besoin de la reconnaissance de « l'État dans lequel elle entendrait opérer comme personne « juridique. »[1]

310.— Ricci a soutenu la même doctrine dans une note sous l'arrêt de la Cour d'appel de Gênes du 20 septembre 1882. Elle a aussi été défendue par Pierantoni dans un article sur la capacité des personnes juridiques étrangères,[2] et par Bianchi. Ce dernier auteur, dans son ouvrage élémentaire du droit civil, avait soutenu que les corps moraux étrangers légalement reconnus aux termes de la loi étrangère jouissaient des droits à eux attribués par la loi étrangère ;[3] mais il a depuis changé d'opinion dans un ouvrage plus récent, où, se conformant à la théorie de Laurent, il a professé que l'article 3 du Code civil italien, qui attribue la jouissance des droits civils aux étrangers, ne peut pas être appliqué aux corps moraux existant à l'étranger tant qu'ils n'ont pas été légalement reconnus dans notre État.[4]

311. — L'opinion contraire a été défendue par Merlin, qui avait soutenu que le statut qui attribue aux corps moraux la capacité d'acquérir la propriété, devait être efficace également pour leur conférer ce droit à l'égard des biens situés à l'étranger. Voici comment il raisonne : « Dès qu'un « corps existe légitimement, dès qu'il est capable par état

[1] Rapport sur le nouveau Code de commerce, p. 462.
[2] *Rassegna commerciale*, T. II, p. 1-29.
[3] *Elementi di diritto civile*, T. I, § 218.
[4] *Corso di diretto civile* (édit. de 1886), *Delle Persone*, n° 4, p. 4.

« de contracter et d'acquérir, son existence et sa capacité « doivent influer sur les biens, même situés hors de la « sphère de la loi, que lui a donné l'une et l'autre. Le prin- « cipe que l'autorité des lois est bornée par leur territoire, « n'est pas contraire à cette décision... Les acquisitions « que ces corps font des biens soumis à son empire ne « changent rien à son esprit, puisqu'elle veut elle même, « que les corps légitimement établis puissent les faire, en « observant certaines formalités ; elle défère seulement à « la qualité de légitimes, que la loi domiciliaire donne à « ces personnes idéales. »[1]

312. — Brocher est l'un des auteurs qui ont vivement combattu la théorie de Laurent. Tout en reconnaissant qu'en pratique la solution du problème de la capacité des personnes morales à l'étranger doit dépendre des règles admises à ce sujet par chaque souveraineté, il fait néanmoins observer que, d'après la théorie spéculative, de graves nécessités sociales réclament que l'activité des personnes morales ne soit pas restreinte dans les limites du territoire sur lequel elles se trouvent établies. « S'il est vrai, dit-il, que la per- « sonnification peut rendre de grands services au dévelop- « pement social, il y a là une tâche commune pour l'ac- « complissement de laquelle les souverainetés doivent se « venir réciproquement en aide. »[2]

Examinant ensuite la question des conditions d'après lesquelles les personnes morales peuvent être admises à jouir du bienfait de la vie internationale, il est bien loin d'être

[1] L'espèce à propos de laquelle Merlin discute la question est la suivante : « Les Séminaires établis par lettres patentes dans les ressorts des Parlements de Toulouse, de Bordeaux et de Rouen, depuis l'enregistrement de l'édit de 1749, jusqu'à la déclaration de 1762 qui les ont confirmées, peuvent-ils valablement acquérir (avec des lettres patentes) des biens situés dans le ressort du parlement de Douai où la déclaration n'a pas été signée ? » Merlin, *Répertoire*, V° *Mainmorte (gens de)*, § VII, n° 11.

[2] *Cours de droit international privé*, p. 177-178.

d'accord avec les auteurs qui ne veulent pas accorder à ces personnalités régulièrement constituées la faculté d'étendre leur activité sur le territoire d'un autre État, sans avoir été préalablement reconnues par cet État. En effet, d'après lui, la principale conquête de la science moderne consiste en ce que l'autorité de chaque loi ne cesse pas aux frontières de l'État qui l'a promulguée, et en ce que l'on doit admettre l'expansion de la puissance de chaque souveraineté toutes les fois que celle-ci est nécessaire au développement social. De ces principes, il déduit ensuite que la distinction profonde qu'on voudrait établir entre les personnes morales et les personnes naturelles n'est acceptable que si l'on doit admettre, même en ce qui concerne les personnes morales, la compétence prépondérante de la souveraineté qui exerce son empire sur le territoire où elles sont créées. Par conséquent, d'après lui, lorsque cette souveraineté a reconnu que la personnification est une force nécessaire pour le corps moral afin qu'il puisse remplir sa fin, il doit être reconnu partout, et il ne doit pas être nécessaire qu'il se fasse d'abord autoriser ou reconnaître par tous les États dans le territoire desquels le hasard des affaires pourrait faire naître l'intérêt d'agir.[1]

313. — Un auteur italien, Gianzana, a soutenu que les dispositions de notre Code civil, qui ont pour objet la jouissance des droits civils appartenant aux étrangers, doivent être considérées comme applicables non seulement à l'individu physique, mais aussi à la personne juridique étrangère qui, lorsqu'elle existe en vertu de la reconnaissance du souverain étranger, doit être admise à jouir de ses droits, sans qu'il soit besoin, comme le soutient Laurent, de l'autorisation du souverain territorial.[2] Il arrive à cette conclusion, en se basant sur la doctrine admise par la Cour de Gê-

[1] *Op. cit.*, p. 185-188.
[2] *Lo straniero nel diritto civile*, T. I, p. 157. — Voir aussi les deux chapitres précédents.

nes, dans son arrêt rendu dans l'affaire de l'État de Danemark, institué par testament héritier d'un certain Morellet, mort à Gênes, arrêt confirmé par la Cour de cassation de Turin.

314.—La question principale soumise à la Cour de cassation était celle de savoir si l'article 3 du Code civil italien, qui dit que « l'étranger est admis à jouir des droits civils « attribués aux citoyens », devait être considéré comme applicable au seul étranger, personne physique. La Cour de cassation décida « qu'une interprétation ainsi restreinte au-« rait été inconciliable avec l'esprit de la loi, qui, en ad-« mettant inconditionnellement l'étranger à jouir des droits « civils attribués aux citoyens, avait marqué un véritable « progrès dans les relations internationales privées, et avait « voulu offrir aux autres peuples une occasion et une invi-« tation, pour former une seule famille à l'égard de tous les « rapports civils, économiques et politiques, qui représen-« tent une si grande part du bien-être matériel et moral de « la nation ;

« Que ce n'est pas un argument que celui que la person-« nalité juridique doit être considérée comme constituée « *propter utilitatem publicam*, et que ce qui a été reconnu « utile en un lieu ne peut pas toujours être reconnu « utile dans un autre, puisque le législateur italien voulut « se séparer de l'antique école de la stricte réciprocité et de « l'utilité actuelle et directe, pour suivre uniquement ces « principes de justice suprême qui sont au-dessus de toute « considération d'intérêt individuel, et desquels l'utilité n'é-« tait nullement séparée, laquelle utilité toutefois est uni-« verselle pour toutes les nations.

« Il a considéré comme un bien acquis au patrimoine « commun de la famille humaine, et dès lors aussi de la na-« tion italienne, tout avantage pouvant résulter de nouvelles « institutions et de l'amélioration des anciennes, pour une « nation sœur sans nuire aux autres, et il a eu uniquement

« cette utilité en vue dans la ferme conviction que le noble « exemple sera suivi dans une époque peu éloignée par « tous les peuples civilisés. »

La Cour fit observer en outre « que ce n'est pas un ar- « gument relevant que celui fondé sur la considération des « dommages qui peuvent résulter si on admettait les corps « moraux étrangers et si on arrivait ainsi à ressusciter la « *mainmorte*, puisqu'admettre les corps moraux étrangers « à jouir de droits civils ne veut pas dire les admettre à « exercer leurs fonctions et à déployer l'activité de leur « propre organisme, et en d'autres termes à implanter leurs « institutions en Italie.

« La loi, ajoutait la Cour, en vertu des principes de soli- « darité qui existent entre toutes les nations, accorde les « droits civils au corps moral légalement reconnu à l'étranger, « mais ne veut pas certainement lui accorder également *à* « *priori* une seconde existence dans l'État pour la seule rai- « son qu'il existe déjà dans son propre pays. »[1]

315.—Lomonaco, tout en reconnaissant que la doctrine de Laurent est la plus conforme aux principes rigoureux du droit, applaudit néanmoins aux partisans de la doctrine opposée, et, se basant sur le principe de la communauté de droit, pense que de même que l'étranger est admis à jouir partout des droits civils, de même les personnes juridiques étrangères doivent être admises à en jouir également.[2]

316. — L'exposé que nous venons de faire des différentes opinions est la preuve la plus sûre que la question de la condition juridique des personnes morales hors du terri-

[1] Voir l'arrêt de la Cour de Gênes du 6 août 1881 (*Annali della Giurisprudenza italiana*, 1882,3e partie, p. 41),et Cour de cassation de Turin, 18 novembre 1882, dans le journal *La Cassazione*, ainsi que la note sous cet arrêt qui résume les principaux arguments de la partie adverse.

[2] *Le persone giuridiche straniere e la giurisprudenza italiana*, dans le journal *Il Filangieri*, 1885, 1re partie.

toire où elles ont été créées est par elle-même grave et complexe, et qu'il était naturel que la doctrine et la jurisprudence aboutissent à des conclusions diverses et disparates.

Il nous semble que la question, telle qu'elle a été posée par les auteurs et par les Cours italiennes, a rendu plus difficile d'aboutir à des conclusions précises et certaines. On a, en effet, posé la question de savoir si les dispositions de la loi qui concernent la condition juridique de la personnalité humaine devaient être considérées comme également applicables aux personnes juridiques, et si les mêmes règles qui doivent régler l'application du statut personnel à l'individu, qui veut avoir à l'étranger l'exercice et la jouissance des droits civils qui lui sont atribués par la loi, devaient régler la condition juridique des personnes morales en pays étrangers. C'est ainsi que Merlin notamment a posé la question et est arrivé aux conclusions que nous avons rapportées, en partant du principe général que l'état et la capacité des personnes doivent être réglés par les lois de la nation à laquelle la personne appartient.

La question a été ensuite posée et discutée de la même façon par Brocher, qui soutient que le problème consiste à examiner si les dispositions du Code civil, qui concernent l'étranger doivent être restreintes à la personne naturelle, ou si, au contraire, étant conçues en termes généraux, elles doivent être étendues aux personnes juridiques, en considérant ces dernières comme assimilées aux premières. « Il « faut se demander en droit positif, dit cet auteur, si les per« sonnes morales étant généralement assimilées aux person« nes naturelles, ne doivent pas être considérées comme im« plicitement comprises dans le statut personnel. »[1]

La question n'a, du reste, pas été posée autrement en Italie. On a, en effet, considéré comme capital d'examiner si le texte de l'article 3 des dispositions préliminaires du Code civil italien, qui dit que, « l'étranger est admis à la jouissance

[1] Brocher, *op. cit.*, T. I, p, 188.

des droits civils » doit être considéré comme limité *au seul étranger personne physique*, ou si au contraire il ne doit pas comprendre *toutes les personnes juridiques étrangères, physiques et morales*. En d'autres termes, la question fut formulée par la Cour de cassation de Turin dans l'arrêt rapporté plus haut, et les conclusions auxquelles elle arriva reposent sur l'idée que le mot *étranger*, employé par le législateur, se prête à une interprétation extensive de toutes les personnes juridiques étrangères, aussi bien morales que physiques. Ce principe a été ensuite admis par les juristes italiens, qui ont soutenu la théorie de la Cour, et parmi lesquels nous rappellerons Gianzana et Lomonaco.

317. — Nous croyons devoir faire observer que cette doctrine ne nous paraît pas exacte, parce qu'en vérité l'assimilation complète de la personne naturelle et de la personne morale relativement au statut personnel ne saurait absolument être admise, même si on voulait limiter cette assimilation aux seuls droits, dont la jouissance est possible pour les uns aussi bien que pour les autres, (tels que les droits de propriété et de succession à titre particulier, par actes entre vifs ou de dernière volonté) et exclure ceux qui peuvent dériver des rapports de famille et ceux pour lesquels on ne saurait admettre la capacité des corps moraux. Nous disons que l'assimilation, même limitée, ne nous semble pas admissible, parce que la condition juridique de la personne naturelle est substantiellement différente de celle de la personne juridique, tant pour ce qui concerne l'existence, que pour ce qui concerne le développement de l'activité propre. Pour qu'une telle assimilation entre les deux êtres pût être admissible, il faudrait que la condition juridique de l'un et de l'autre eût quelque chose de semblable et d'équivalent ; mais comme il nous semble pas que cela ne puisse se rencontrer, nous sommes convaincu que le fait d'avoir pris comme point de départ l'assimilation a constitué la principale cause du manque de raisonnement, et a contribué ensuite à ren-

dre défectueuses, faibles et incertaines les conclusions auxquelles on a abouti.

Quelle assimilation peut être établie entre la personne physique et la personne morale? La première existe par elle-même, la seconde n'existe pas par elle-même, mais en vertu de la loi, qui, dans un but juridique, lui attribue l'existence comme personne.

La personne physique a, par sa nature, une aptitude aux droits, les lois civiles règlent uniquement sa *capacité naturelle*, la reconnaissent, la consacrent, la modifient en l'étendant ou en la limitant, et la traduisent en capacité juridique. La personne morale n'a par sa nature aucune aptitude aux droits : une telle capacité lui est attribuée par la loi civile, quand le législateur, reconnaissant qu'elle a un but utile, veut qu'elle ait la faculté de se servir des moyens pour l'atteindre, en d'autres termes du droit.

La personne physique a tous les droits qui correspondent à ses facultés naturelles et au développement de son activité naturelle, c'est-à-dire les droits personnels et les droits personnels patrimoniaux, ou résultant d'un rapport obligatoire, et de plus les droits de succession héréditaire.

La personne juridique ne jouit pas de tous ces droits, mais de ceux qui lui sont accordés par la loi, lesquels sont seulement ceux qui sont nécessaires à son existence spéciale, à sa manière d'être et à son but, existence et but essentiellement distincts de ceux de l'homme.

Or, s'il en est ainsi, comment peut-on rêver l'assimilation complète de la personne physique et de la personne juridique, de ces deux êtres qui n'ont rien qui soit substantiellement semblable ou équivalent ?

La Cour de cassation de Turin, qui a voulu trouver dans l'assimilation la base de ses conclusions, a contredit elle-même le principe de son raisonnement, alors que dans le cours de son argumentation, afin d'écarter les conséquences absurdes, qui seraient dérivées logiquement de l'appli-

cation du principe, elle a dit[1] : « La loi, par suite du prin-
« cipe de solidarité qui existe entre toutes les nations, ac-
« corde les droits civils au corps moral reconnu à l'étran-
« ger, mais ne veut certainement pas lui accorder égale-
« ment « *à priori* » *une seconde existence dans l'État pour*
« *la seule raison qu'il existe déjà dans son propre pays.* »

Si l'existence du corps moral ne doit pas dépendre de la loi étrangère qui lui a attribué la personnalité ; s'il est indispensable que l'État examine d'abord s'il doit ou non le considérer comme personne, comment peut-on admettre l'assimilation ? Est-ce que l'État aurait le droit d'examiner si l'homme doit ou non être considéré comme personne ? et si la jouissance des droits suppose un sujet auquel les droits appartiennent ; si l'existence du corps moral étranger doit être subordonné au bon plaisir de l'Etat, auquel il appartient de décider si ce corps doit être reconnu comme existant par rapport à nous, avant que cette condition ne se soit réalisée, à qui voudrait-on attribuer les droits civils ? Les attribuerait-on par hasard au néant ?

318. — La haute conception de la solidarité des peuples civilisés et de leur communauté de droit peut nous amener à accepter en partie les conclusions des auteurs qui, dans un but louable, tendent à assurer aux personnes morales la vie internationale et à élargir la sphère de leur activité, afin de leur accorder des moyens plus étendus pour atteindre leur but d'utilité publique. Il convient toutefois de partir d'un autre point de vue.

Il faut avant tout considérer que l'on ne peut pas dire de toutes les personnes morales, qu'elles sont des êtres fictifs et idéaux créés par le législateur par un effort d'abstraction. Non : quelques-unes d'entre elles ont un substratum réel et objectif, car parfois elles sont des organismes nécessaires, dans le sein desquels l'activité de la personne naturelle doit

[1] Cour de cassation de Turin, arrêt cité.

se développer (tel est, par exemple, l'État). D'autres sont le résultat du développement spontané de l'activité humaine, de telle sorte qu'elles doivent être considérées comme une forme naturelle de l'esprit d'association alimenté par des besoins effectifs et réels, qui ont trait à la vie scientifique, artistique, ou au commerce ou à d'autres intérêts supérieurs, réels et effectifs des hommes qui forment l'État. Le législateur ne forme pas ces organismes, il les trouve formés par l'effet du développement naturel de l'activité humaine, et leur attribue ensuite la personnalité, parce que leur personnification est quelquefois utile et indispensable au plus complet développement de la personnalité naturelle. La personnification de ces corps moraux trouve dès lors sa véritable raison d'être dans la personnalité humaine elle-même, et on ne saurait les méconnaître sans tarir les sources du développement le plus complet de l'activité humaine.

Il y a des êtres moraux dont la personnalité est véritablement artificielle et factice, et se convertit en réalité en vertu d'un effort d'abstraction. C'est ce que l'on peut dire des fondations. Le législateur personnifie certains instituts de bienfaisance, tels que, par exemple, les hôpitaux. Ils ne représentent pas une unité collective de personnes, comme une société commerciale, et l'on ne saurait dire que les sujets des droits soient les malades, qui forment plutôt l'objet de l'œuvre pie. En quoi réside la personnification? Elle réside dans l'œuvre humanitaire, qui doit être accomplie dans un certain lieu et par des moyens déterminés; et le législateur, en attribuant la personnalité à ce but humanitaire, ne fait en réalité que personnifier une abstraction, un être idéal, qui n'a aucune apparence visible, comme l'a un corps formé d'un certain nombre d'individus.

Surtout en ce qui concerne les organismes de la première catégorie, étant donné qu'ils sont le produit de l'activité humaine, et que leur personnification doit être réputée nécessaire ou utile au plus large développement de cette même activité, il en résulte que leur vie juridique ne doit pas, en

principe, être limitée aux frontières de l'État, de même que l'on ne doit pas restreindre dans ces frontières le développement de la personnalité naturelle, à qui la personnification de tels êtres est nécessaire ou utile.

Il faut, en outre, considérer que, comme on doit considérer la souveraineté de chaque État comme la plus compétente pour reconnaître la nécessité ou l'utilité sociale, qui sont les principales raisons de la personnification de certains êtres moraux, on doit admettre que c'est le pouvoir législatif de chaque État qui doit attribuer la personnification à ces êtres et leur accorder la faculté de se servir des moyens les plus propres à réaliser leur but, c'est-à-dire la capacité de jouir de certains droits.

Nous reconnaissons aussi, qu'à l'exception de l'État seul, (qui, lorsqu'il est constitué politiquement, est par lui-même de plein droit une personne juridique), pour qu'une personne morale puisse être réputée légalement constituée, il faut toujours l'intervention du pouvoir suprême de l'État, qui lui attribue la personnalité en vertu de la loi. Toutefois, nous ne saurions admettre que l'existence de cette personne puisse être ensuite resserrée dans les limites matérielles de l'État, et que la vie et l'activité juridiques de cette personne doivent être restreintes dans ces mêmes limites. Si les progrès de la civilisation tendent à établir une véritable communauté de droit entre les peuples civilisés, et à faire que chacun d'eux n'apporte pas d'obstacles au développement progressif des intérêts économiques et moraux des autres, et que tous coopèrent à élargir le champ de l'activité humaine, il doit être clair, d'après ce que nous avons déjà dit, que tout le monde doit considérer comme d'intérêt commun de procurer aux personnes morales le bienfait de la vie internationale.

Nous ne pouvons pas dès lors admettre en principe l'opinion de Laurent et de Mancini, que la personnalité juridique étant une fiction créée par la loi et dans un but d'utilité publique jugée à un point de vue régional, l'existence de cette personnalité doive être regardée comme expirant à la frontière, et

comme ne pouvant avoir de droits hors des limites du territoire où s'exerce la souveraineté qui lui attribue une vie artificielle. Cette conception a contre elle celle proclamée par la science moderne, que les États, conformément au principe de la communauté du droit qui tend à s'établir entre eux, ne doivent pas s'ingénier mutuellement à mettre obstacle au développement réciproque de leurs intérêts, quand ils n'y ont aucun avantage : que le développement des intérêts généraux de l'humanité ne peut résulter que du développement des intérêts particuliers de chacun des États, d'où il résulte qu'aucun d'eux ne doit rechercher son propre intérêt actuel et direct, mais au contraire regarder comme un bien acquis au patrimoine commun de la famille humaine tout avantage qui, en vertu de certaines institutions, peut être obtenu dans tel ou tel pays, à la condition qu'il n'en résulte aucune atteinte aux principes de la justice et du droit public territorial.

319. — Etant donné dès lors que la personnalité des êtres moraux soit un besoin réel et effectif à l'égard de tous les États civilisés ; que l'autorisation du pouvoir suprême de l'État soit toujours indispensable ; qu'il faille admettre de préférence la compétence spéciale de celui du pays où, par des considérations politiques ou d'économie est née la nécessité ou l'utilité de la personnification ; qu'on doive reconnaitre la compétence du pouvoir même, qui a constitué la personne juridique, pour lui attribuer l'aptitude aux droits dont on doit lui accorder la jouissance ; que ce pouvoir soit en mesure de mieux connaître quelles sont les facultés dont l'être moral a besoin de se servir pour atteindre plus facilement son but : en considérant en outre que le fait que les personnes morales sont créées par la loi pour un intérêt national économique ou politique, et pour l'utilité publique nationale, il ne doit pas s'en suivre que par cela seul on doive leur refuser d'étendre leur activité dans des pays étrangers. Cependant, leur reconnaissance à l'étranger ne peut avoir lieu qu'à la condition que leur développement ne nuise pas aux inté-

rêts de la souveraineté territoriale ni au droit social. De là il résulte, qu'en vertu du principe de la communauté de droit des États civilisés il est nécessaire de dire, en principe, que toute personne juridique doit être admise au bénéfice de la vie internationale et doit avoir la faculté de déployer son activité au-delà des limites territoriales de l'État où elle a été constituée en vertu de la loi, toutes les fois qu'une telle extension n'offense pas les droits de la souveraineté territoriale et des citoyens de l'État.

320. — L'objet de la controverse étant réduit à ces termes, il nous semble que toute la difficulté consiste à établir de quelle manière on doit protéger les droits de la souveraineté territoriale et des citoyens de l'État.

A l'égard des personnes morales, on ne saurait dire que cette difficulté puisse être résolue complètement par l'application de la règle générale que nous avons exposée relativement à l'étranger, à l'égard duquel nous avons soutenu que, l'on ne peut pas refuser de reconnaître sa personnalité juridique, mais seulement admettre le droit pour le souverain territorial de limiter l'exercice des droits civils qui lui appartiennent, alors que l'exercice de ces droits implique une atteinte au droit public territorial ou au droit social. Si cette règle peut encore trouver son application à l'égard des personnes juridiques, toutefois, celles-ci se trouvent dans une condition toute spéciale. En effet, comme leur existence est toujours motivée par des considérations d'intérêt politique, économique ou moral reconnu par l'autorité publique, il peut arriver que la reconnaissance de l'existence de la personne morale puisse constituer par elle-même une atteinte au droit public territorial. Il est dès lors indispensable, pour protéger les droits de la souveraineté territoriale, que la personne morale étrangère soit reconnue par le pouvoir suprême de l'État.

La reconnaissance n'équivaut pas à la création de la personne juridique ; elle n'a pas pour effet de lui conférer la vie fictive sur le territoire de l'État. De là résulterait la constitu-

tion et l'existence d'une autre personne juridique, et dès lors la personne morale devrait être autant de fois créée et constituée qu'il y aurait de pays où elle voudrait déployer son activité. Cela n'est pas : la personne morale existe en vertu de la loi de son propre pays, et aucun autre pouvoir ne doit être réputé plus compétent que celui du lieu où la personnalité a été créée en considération des besoins politiques, économiques ou moraux. Le pouvoir suprême de l'État doit seulement reconnaître la personne juridique pour l'admettre à exercer, dans les limites que nous indiquerons, les droits dont la jouissance lui a été accordée par la loi même sous l'empire de laquelle elle a été constituée.

321. — Nous admettons par conséquent une sorte de statut personnel pour les personnes morales, en ce sens que, lorsqu'elles ont été reconnues, non seulement elles doivent être réputées exister en vertu de la loi étrangère sous l'empire de laquelle elles ont été créées, mais, sauf les restrictions que nous indiquerons plus loin, elles doivent être réputées capables d'exercer les droits qui leur sont conférés par cette même loi et dans les limites fixées par elles.

La reconnaissance, dont nous parlons, peut être formelle, quand elle a la forme d'autorisation de la part du pouvoir territorial. Elle peut être générale, quand au moyen d'un traité, ou d'un autre acte, on est convenu de reconnaître réciproquement une catégorie donnée de personnes morales. Elle peut être tacite, comme cela a lieu, par exemple, à l'égard de l'État étranger, qui est de plein droit une personne juridique aussitôt qu'il est politiquement constitué. Par conséquent, sitôt que tous les États ont reconnu un État comme politiquement constitué, ils doivent aussi le reconnaître comme une personne juridique.

La reconnaissance peut être, pour ainsi dire, nécessaire, lorsqu'elle doit être regardée comme le résultat nécessaire de la nature des choses. C'est ce qui, par exemple, peut se dire d'une société commerciale, qui n'a été ni formellement,

ni tacitement reconnue et qui a néanmoins fait des actes juridiques dans un pays étranger. Comme la réunion de plusieurs individus dans un but commun fait qu'ils acquièrent tous en fait la condition juridique d'une personne morale (parce que l'on ne saurait se dispenser de les considérer autrement que comme une association de fait), l'État dans lequel cette association a accompli des actes juridiques sans être en aucune façon reconnue, ne peut se dispenser de la considérer comme une association de fait, et par conséquent de lui attribuer la jouissance des droits qui appartiennent à de tels organismes en vertu de la loi.

Mais, quelle que soit la forme de la reconnaissance, nous répétons qu'il nous paraît indispensable qu'elle ait lieu, afin que la personne juridique, déjà existante en vertu de la loi étrangère, puisse élargir la sphère de son activité juridique dans un pays étranger.

322. — Mais lorsque la reconnaissance de la personne juridique étrangère a eu lieu, cela ne peut suffire pour lui attribuer l'exercice de tous les droits, dont le législateur étranger lui a conféré la jouissance. Il faut, au contraire, appliquer la règle générale, que tout rapport et tout fait juridiques, qui prennent naissance sur le territoire soumis à l'empire de la souveraineté nationale, doivent être soumis aux lois en vigueur sur le territoire, dans toutes les circonstances où, suivant les principes généraux, on doit admettre l'empire de la loi territoriale et, à cet égard, on doit appliquer aux personnes juridiques étrangères les mêmes règles qu'aux étrangers.

Par conséquent, de même que la souveraineté territoriale peut limiter l'exercice des droits appartenant à l'étranger, toutes les fois qu'il en résulte une atteinte au droit public territorial ou au droit social, de même elle peut le faire à l'égard des personnes juridiques étrangères.

Pour appliquer les principes que nous venons d'exposer, nous ferons observer que, lorsque la souveraineté territo-

riale aurait reconnu l'être moral étranger, on devrait décider, d'après la loi étrangère, s'il remplit les conditions nécessaires et substantielles requises par cette loi pour lui attribuer la personnalité juridique et si, pour considérer cette personnalité comme légalement constituée, il est besoin d'un acte exprès et formel de l'autorité suprême, ou si elle peut résulter d'une tolérance manifeste et de l'autorisation tacite. Ce serait d'après cette même loi, que l'on devrait décider si l'être moral devrait être réputé une personne juridique ou un être collectif, et s'il devrait être considéré comme une corporation, comme une association ou comme une fondation.

Il faudrait, en outre, s'en référer à la loi étrangère elle-même pour déterminer la capacité juridique de la personne morale et sa sphère d'action légitime. Par conséquent, en ce qui concerne l'État, (qui, ainsi que nous l'avons dit, doit être considéré de plein droit comme une personne juridique), lorsqu'aux termes de la loi constitutionnelle, il n'aurait pas, par exemple, la capacité nécessaire pour recevoir une libéralité, on devrait déclarer nul un legs en sa faveur, bien qu'il s'agit d'une succession qui (nous le supposons), se serait ouverte en Italie, où le gouvernement étranger voudrait réclamer l'exécution du legs. C'est ce que l'on devrait, par exemple, décider d'un legs fait en faveur du gouvernement de New-York qui, aux termes de la loi constitutionnelle, est incapable de recevoir une libéralité. La Cour de New-York a décidé[1] qu'un legs ne saurait être valablement fait à une corporation, si celle-ci, aux termes de la constitution ou du statut, n'est pas déclarée capable de recevoir une libéralité, et que par conséquent, le gouvernement des États-Unis n'ayant pas, d'après le statut une telle capacité, un legs en sa faveur devait être considéré comme nul. De même, toute question relative à la capacité d'un État étranger pour la

[1] Arrêt rapporté dans le *Journal de droit international privé*, 1874, p. 266.

jouissance et l'exercice des droits, devra être résolue d'après la loi étrangère, et non d'après celle de notre pays qui a reconnu cet État et qui, par conséquent, l'a ainsi considéré comme une personne morale.

Pour ce qui pourrait concerner la jouissance et l'exercice des droits quant à la possession, à l'acquisition de la propriété, à la faculté de contracter, et à celle d'ester en justice, on devrait admettre l'empire des lois territoriales, en tant qu'elles pourvoiraient à la protection de l'ordre public et du droit social. Par conséquent, même lorsque le corps moral aurait la capacité d'acquérir la propriété immobilière, si le législateur territorial, afin d'empêcher l'accroissement disproportionné de la *mainmorte*, avait disposé que les corps moraux ne pourraient pas acquérir d'immeubles sans être préalablement autorisés par le gouvernement (ainsi que l'a disposé le législateur italien par la loi du 5 juin 1850), il est hors de doute que cette loi devrait être observée même par les corps moraux étrangers reconnus et déclarés capables d'acquérir la propriété.

Il est clair que le souverain territorial, en disposant que l'acquisition des immeubles de la part des corps moraux, doit être contrôlée par le gouvernement, a eu directement en vue de sauvegarder le droit social et les intérêts généraux économiques et politiques de l'État. En soumettant l'acquisition à une autorisation préalable, il a voulu se réserver le moyen de pouvoir l'empêcher toutes les fois qu'elle pourrait porter atteinte aux intérêts économiques nationaux et à la prospérité agricole en raison de l'accroissement excessif de la mainmorte. Evidemment, on doit reconnaître dans une telle loi le caractère de statut réel et la regarder comme applicable à tous les êtres moraux qui voudraient acquérir des immeubles, aussi bien quand ces êtres seraient nationaux que lorsqu'ils seraient étrangers.[1]

[1] Voir l'avis du Conseil d'État italien du 7 juin 1884, dans le journal *La Legge*, 1884, t. II, p. 355, et Saredo, *Il governo del Re e gli acquisti dei corpi morali*, dans le *Digesto italiano*. V° *Acquisto*.

Pour le même motif, si la loi territoriale avait consacré la possibilité de racheter les biens de mainmorte, les corps moraux étrangers devraient être soumis à de telles dispositions. On doit décider de même de toute loi édictée par le souverain territorial pour protéger les intérêts nationaux, la prospérité économique et la richesse publique et des lois qui ont pour but de protéger le droit politique. Ainsi, les corps moraux étrangers ne pourraient pas se prévaloir de la capacité qui leur est attribuée par la loi étrangère pour fonder des associations qui seraient en opposition avec les intérêts moraux et politiques de l'État.

Dans notre ordre d'idées, on comprend que le souverain territorial, même en reconnaissant certains êtres juridiques étrangers, puisse les soumettre à des formalités établies par la loi pour les astreindre à exercer leurs droits. Ainsi, par exemple, c'est ce que l'on peut dire en ce qui concerne les sociétés commerciales étrangères. Le législateur de l'État, même en les reconnaissant, et en admettant pour elles la capacité aux droits d'après leur loi, peut subordonner à certaines conditions l'exercice des droits de la part de celles qui voudraient avoir un siège stable dans l'État ou une représentation, et les obliger au dépôt, à la transcription, à l'affichage et à la publication de l'acte constitutif et des bilans, pour protéger ainsi les droits des tiers.

Nous reviendrons sur ce sujet lorsque nous traiterons des sociétés commerciales étrangères. Ici, il nous paraît suffisant d'avoir exposé les principes généraux destinés à résoudre les questions relatives aux personnes juridiques étrangères. Pour nous résumer, en ce qui concerne toutes ces personnes indistinctement, leur personnalité et leur capacité doivent être appréciées d'après la loi étrangère. On doit, dès lors, considérer comme indispensable avant tout qu'elles soient reconnues. Pour ce qui concerne le développement de leur activité juridique et l'exercice de leurs droits, on doit les regarder comme soumises à la loi territoriale.

CHAPITRE III

DE LA QUALITÉ DE CITOYEN.

323. Comment et dans quelles limites chaque État peut régler la qualité de citoyen. — 324. Lois qui la font dépendre du fait de la naissance sur le territoire de l'Etat.— 325. Lois qui la font dépendre des rapports de famille. — 326. Différence entre les lois qui règlent la perte de la qualité de citoyen. — 327. Condition du fils mineur. — 328. Comment une même personne peut être citoyen de deux États ou ne l'être d'aucun État. — 329. D'après quelles règles les tribunaux de l'État, dont on revendique la qualité de citoyen devraient déterminer cette qualité. — 330. Comment cette qualité doit-elle être déterminée par les tribunaux des Puissances tierces. — 331. Inconvénients de l'absence d'un droit uniforme relatif à l'acquisition et à la perte de la qualité de citoyen. — 332. Principes d'après le droit rationnel. — 333. Il est raisonnable d'attribuer au fils la qualité de citoyen de l'État auquel appartient le père. — 334. De quel État le fils naturel est-il citoyen. — 335. Condition du fils naturel reconnu d'abord par la mère et ensuite par le père, si chacun d'eux est citoyen d'un État différent. — 336. De quel État l'enfant né de parents inconnus est-il citoyen. — 337. De l'obligation du service militaire imposé à quiconque veut s'expatrier. — 338. Quelle est la condition de la femme dont le mari a acquis la qualité de citoyen d'un nouvel État. — 339. Dispositions du droit positif à ce sujet. — 340. Condition du fils mineur de l'individu qui est devenu citoyen d'un nouvel État ou qui a cessé d'être citoyen de son pays d'origine. — 341. Inconvénients de l'absence d'un droit uniforme. — 342. Règles pour résoudre les conflits de lois relatives à la qualité de citoyen. — 343. Du fils conçu dans l'ancienne patrie de son père et né dans la nouvelle. — 344. Règle pour déterminer la qualité de citoyen. — 345. Comment on doit présumer la conservation de la qualité de citoyen de l'État d'origine. — 346. La renonciation à cette qualité exige toujours un fait volontaire. — 347. Application des principes aux mineurs étrangers. — 348. Effets de la nouvelle qualité de citoyen en ce qui concerne les droits civils et politiques. — 349. Effets à l'égard du changement du statut personnel. — 350. Des droits acquis selon la loi de l'ancienne patrie. — 351. Quand l'état acquis dans l'ancienne patrie peut ou non être reconnu. — 352. Loi qui devrait régler les conséquences juridiques de l'État acquis. — 353. La majorité et l'incapacité. — 354. Preuve de la qualité de citoyen.

323. — Chaque État pouvant exercer son pouvoir législatif avec l'indépendance la plus complète, peut déterminer par ses propres lois quiconque doit être réputé citoyen ou étranger. De même aussi, chaque loi peut établir les modalités, les conditions et les circonstances, qui peuvent conduire à l'acquisition ou à la perte de la qualité de citoyen de l'État.

Sans aucun doute, la question de la qualité de citoyen, considérée par rapport à la loi de l'État dont la personne prétend être citoyen, ne saurait se résoudre autrement que d'après cette loi. En effet, aucune autre loi que celle du pays, dont la personne et les intéressés réclament la qualité de citoyen, ne peut avoir autorité pour édicter dans ce pays si quelqu'un doit y être considéré comme citoyen.[1]

On ne peut pas néanmoins admettre que cette indépendance de chaque État doive être réputée absolue au point que les lois faites par lui pour attribuer et règlementer la

[1] Voir pour les questions relatives à la qualité de citoyen : Bianchi, *Corso di Codice civile*, 2e édit., T. IV ; Catellani, *Il diritto interno privato ed i suoi recenti progressi*, T. II ; Fulci, *Se si possono avere due patrie. Giornale delle Leggi*, 1880, p. 19 ; Polacco, *La famiglia del naturalizzato*, *Archivio giuridico*, T. XXIX, p. 376 ; Olivi, *Della cittadinanza*, *id.*, T. XVI. Voir aussi l'arrêt important de la Cour de Lucques, dans l'affaire *Samana*, 8 juin 1880, *Foro italiano*. 1880, I, 1119, et celui de la même Cour dans l'affaire Blanc c. Trafford, *Monitore dei tribunali*, 1885, p. 1000 ; Gogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux* ; Stoicesco, *Etude sur la naturalisation* ; De Folleville, *Traité théorique et pratique de la naturalisation* ; Alauzet, *De la qualité de français et de la naturalisation* ; Cutler, *The Law of naturalisation as amended by the naturalisation acts of* 1870 ; Cochburn, *Nationality of the Law relative subjects and aliens;* Beach Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*; Calvo, *Droit international*, T. II ; Laurent, *Droit civil international*, T. III, §§ 250 et 280 : Asser, *Droit international privé*, Liv. I, Chap. I. § 25, Chap. III, § 50, *De la patrie*.

Dans le *Journal du Droit international privé*, on trouve beaucoup de dissertations spéciales relatives à la naturalisation, parmi lesquelles nous mentionnerons : Beauchet, *Acquisition et perte de la nationalité autrichienne*, T. III, p. 88 ; Paulovitsch, *De la condition juridique des étrangers en Serbie* ; Kelly, *Des effets du mariage sur la nationalité dans les Etats-Unis d'Amérique*, 1884 ; Lehr, *Du droit de se prévaloir d'une double nationalité*, dans la *Revue du Droit international*, T. II, p. 312.

qualité de citoyen[1] doivent prévaloir partout pour résoudre toute contestation relative à cette qualité. En effet, chaque souveraineté peut soumettre à ses lois les personnes en ce qui concerne l'acquisition et la perte de la qualité de citoyen; mais la compétence de tout législateur doit, quant à l'autorité exterritoriale de ses lois, être restreinte dans les limites fixées par le droit international. Dès lors, une loi, qui aurait attribué la qualité de citoyen contrairement aux droits de l'homme et aux principes du droit international, serait sans effet et sans autorité à l'égard des autres États.

La distinction que nous avons cru devoir faire nous paraît indispensable pour résoudre les controverses relatives à la qualité de citoyen, dans le cas où quelqu'un pourrait en même temps être réputé citoyen de deux États aux termes des lois de l'un et de l'autre et où les tribunaux d'un État tiers seraient appelés à trancher cette difficulté.

324. — Les lois des divers pays qui règlent l'acquisition et la perte de la qualité de citoyen varient notablement. Les unes la reconnaissent à quiconque est né sur le territoire de l'État. C'est ce qui avait lieu notamment en France dans l'ancien droit[2], et en Belgique, où en vertu de la constitution

[1] Nous traduisons par l'expression *qualité de citoyen* le mot italien *cittadinanza*. L'auteur, en effet, ainsi qu'il l'a exposé dans un autre ouvrage, que nous avons également traduit, (*Nouveau Droit international public* — 2e édit., Pedone-Lauriel, 1885 — T. I, p. 599 et suiv.) emploie à dessein le mot *cittadinanza*, au lieu du mot *nazionalità*, (nationalité), à raison de l'équivoque qui d'après lui peut naître de l'emploi du mot nationalité, la nationalité à proprement parler indiquant toute autre chose que le fait d'appartenir à un État donné, c'est-à-dire une communauté de langage, d'origine et de civilisation dont il n'est pas nécessairement tenu compte pour la formation des Etats. D'après nous, ainsi que nous l'avons exposé en note dans l'ouvrage précité (*Nouveau Droit international public*, T. I, p. 600, note 2), cette manière de voir est plutôt théorique que pratique, le mot nationalité dans le langage usuel du droit international, dans son acception propre, indiquant le fait d'appartenir à un État donné, tandis que l'expression qualité de citoyen indique, à plus proprement parler, le fait de posséder dans un pays donné la plénitude de l'exercice des droits civils et poliques. — (Note du traducteur, Ch. A.).

[2] Pothier, *Des Personnes*; Valette *sur Proudhon*, p. 121.

de 1815, qui fut ensuite abolie par celle de 1831, la qualité de citoyen était attribuée à quiconque était né sur le territoire de l'État de parents qui y étaient domiciliés. C'est ce qui existe encore dans les législations de beaucoup de républiques américaines. C'est ainsi, notamment que la constitution du Chili attribue la qualité de citoyen à toutes les personnes qui naissent dans le pays, bien que leur père soit étranger. D'après d'autres lois, la qualité de citoyen est attribuée aux étrangers qui demeurent sur le territoire ; telle est notamment la législation de la République de Vénézuéla, où, aux termes du décret du 14 janvier 1874, remettant en vigueur les lois et règlements intérieurs, les étrangers qui émigrent au Vénézuéla, acquièrent la qualité de citoyen de cet État par le seul fait de leur arrivée sur le territoire de la République.[1]

Il en était de même au Brésil en vertu de la Constitution en vigueur avant la loi du 10 septembre 1860, aux termes de laquelle les mineurs étrangers nés dans le pays conservent la qualité de citoyen de la patrie de leur père durant la minorité, mais devenus majeurs, sont considérés comme Brésiliens s'ils n'ont fait aucune déclaration contraire.

Dans la République Argentine, d'après la loi du 1er octobre 1869, sont réputés Argentins tous les individus nés ou qui naîtront dans le pays, quel que soit le pays dont le père est citoyen, à l'exception des fils des ministres étrangers résidant sur le territoire de la République. Nous noterons que, comme, aux termes de la même loi, les fils nés à l'étranger d'un père argentin ont la faculté d'opter pour conserver la qualité de citoyen de leur pays d'origine, il en résulte que le fils d'un Argentin peut suivre, à son gré, la condition de son père, et qu'il peut perdre sa qualité originaire au moyen d'une simple déclaration, sans que la loi en subordonne l'efficacité à la condition qu'il ait acquis la qualité de citoyen

[1] Cléry, *De la nationalité imposée par un gouvernement étranger*, (*Journ. du Droit international privé*, 1875, p. 180).

d'un pays étranger. Il en résulte qu'il peut arriver qu'il se trouve n'être citoyen d'aucun État.

Parmi les Codes en vigueur en Europe, nous citerons le Code néerlandais, qui dispose qu'on doit réputer citoyens tous ceux qui sont nés dans le royaume ou dans ses colonies de parents qui y ont leur domicile : tous ceux qui sont nés dans le royaume de parents qui n'y sont pas domiciliés, mais qui y ont depuis établi leur domicile : tous ceux nés en outre à l'étranger de parents étrangers domiciliés dans le royaume ou dans ses colonies, mais absents pour raison de service public ou en voyage.[1]

En Angleterre, aux termes de l'acte du 12 mars 1870, on a tempéré la rigueur de la loi d'abord en vigueur, qui attribuait la qualité du citoyen anglais aux fils d'étrangers nés en Angleterre, en leur accordant le droit d'opter pour la qualité de citoyen étranger dans l'année de la majorité. Nous ne nous étendrons pas plus à mentionner les autres législations conformes à celles que nous venons d'analyser.

325. — Les lois en vigueur dans les autres États procèdent d'idées tout à fait différentes. On y considère en principe le simple fait de la naissance comme par lui-même indifférent pour attribuer la qualité de citoyen : on y admet, au contraire qu'elle doit être déterminée d'après les rapports de famille. On y reconnaît, qu'en général, la qualité de citoyen devant être considérée comme un bienfait accordé par la loi et accepté librement par l'individu, elle ne peut pas lui être imposée contrairement à sa volonté expresse ou tacite.

Ces lois attribuent dès lors aux enfants nés d'un légitime mariage la qualité de citoyen du pays de leur père, en quelque lieu qu'ils soient nés, et sans se préoccuper de savoir si leur père est ou non domicilié dans l'État. Ce principe dérive de celui admis en droit romain, qui attribuait la condition juridique du père au fils né d'un légitime mariage. *Cum*

[1] Art. 5 du Code civil néerlandais.

legitimæ nuptiæ factæ sunt patrem liberi sequuntur. [1] En ce qui concerne les enfants naturels, les lois qui procèdent du droit romain leur attribuent la qualité de citoyen du pays de la mère. [2] Les autres lois, au contraire, n'admettent cette règle que lorsque le fils a été reconnu par la mère, et dans le cas où il a été reconnu par le père, elles lui attribuent la qualité de citoyen du pays de celui-ci.

326. — On trouve une différence non moins notable entre les lois des différents pays en ce qui concerne la perte de la qualité originaire de citoyen et l'acquisition de celle d'élection. Dans les États où ont prévalu les principes féodaux, on a admis la règle, que la qualité de citoyen, une fois acquise, liait la personne d'une façon permanente au souverain territorial, de façon que quelqu'un ne pouvait pas à son gré devenir citoyen d'un autre État, sans y avoir préalablement été autorisé par le gouvernement de l'État dont il était citoyen. [3]

Au contraire dans les autres États où ont prévalu les principes du droit moderne qui considére la qualité de citoyen comme un rapport libre et volontaire, on admet que tout

[1] L. 19, Dig., *De statu hominum.*

[2] *Vulgo quæsitus matrem sequitur ? Lex naturæ hæc est ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur.*

[3] C'est ce qui existait aux termes de la loi autrichienne du 24 mars 1832 et c'est ce qui a lieu d'après l'article 5 de la loi de 1869 en vigueur en Turquie.

Une disposition digne d'être mentionnée est celle de la loi du 3 juillet 1876 en vigueur dans le canton de Genève avant la loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la qualité de citoyen. Comme, disait le tribunal civil de Genève dans son jugement du 28 décembre 1879, « il était de principe en droit public genévois, que la qualité de Genévois, fixée sur la « tête d'un enfant au moment de sa naissance était indélébile ; qu'elle ne « pouvait se perdre ni par l'acquisition d'une nationalité étrangère, ni « même par la renonciation qu'aurait déclaré vouloir y faire le citoyen « qui en était nanti. Il était même absolument interdit au gouvernement « et aux autorités de Genève de recevoir une telle renonciation », *Constitution genèvoise de* 1794, *revisée en* 1796, tit. II, art. 5 ; Lehr, *Revue de Droit international,* T. XII, p. 312.

citoyen peut y renoncer et en acquérir une autre. Cette idée qui a prévalu en droit italien, est dérivée du droit romain. *Ne quis invitus in civitate maneat.* Notre législateur a admis comme règle que chacun peut perdre la qualité de citoyen en y renonçant par une déclaration devant l'officier de l'état civil de son domicile et par le transfert de sa résidence à l'étranger. Comme l'efficacité d'une telle renonciation n'est pas subordonnée à la condition que l'italien ait acquis la qualité de citoyen d'un Etat étranger, il peut sembler que dans le système admis en droit italien quelqu'un puisse avoir perdu la qualité de citoyen italien sans avoir acquis cette qualité dans un autre Etat.

327. — Les conséquences juridiques qui dérivent de l'acquisition et de la perte de la qualité de citoyen à l'égard des personnes à qui la loi attribue en principe la qualité de citoyen du père (tels sont les fils mineurs), ou celle du mari (tel est le cas de la femme mariée) sont diversement réglées par les législations des différents Etats. En effet, les unes admettent que le fils mineur suit la condition du père, de façon qu'il devient étranger si le père perd la qualité de citoyen du pays d'origine. Les autres, au contraire, considèrent la qualité de citoyen comme un droit personnel appartenant au fils indépendamment des rapports de famille et dont il peut seul disposer dans les conditions et dans les formes prescrites par les lois, quand il a la capacité légale requise pour pouvoir le faire. Il résulte de cette diversité, qu'à supposer, par exemple, que la loi personnelle du fils mineur consacre la règle admise par le législateur italien, il devient étranger lorsque son père a perdu sa qualité de citoyen et peut se trouver avoir perdu sa qualité originaire de citoyen sans avoir acquis la qualité de citoyen d'un autre Etat. Cela peut arriver, lorsqu'aux termes de la loi de la patrie d'élection du père, le fils mineur de l'étranger qui aurait acquis la qualité de citoyen ne l'acquerrait pas lui-même de plein droit. C'est ce qui a lieu notamment selon la loi française du 7 février 1851, article 2.

328. — Dans les cas que nous avons énumérés et dans les autres analogues, dans lesquels un individu pourrait se trouver en situation de pouvoir être réputé à la fois citoyen de plusieurs Etats, ou dépourvu de toute qualité de citoyen d'un Etat quelconque, et dans lesquels un tribunal serait appelé à statuer sur la qualité de citoyen de cet individu, il serait indispensable de déterminer la loi d'après laquelle on devrait décider de quel Etat il devrait être considéré comme citoyen.

329. — Certainement, si la question était soumise aux tribunaux de l'Etat, dont la personne où les intéressés se prétendraient être citoyens, ils ne pourraient la résoudre que d'après la loi de leur pays. En effet, aucune autre loi que celle promulguée par le souverain territorial ne peut être impérative pour les juges, lorsqu'il s'agit de décider si quelqu'un doit être réputé citoyen de l'Etat sur lequel ce souverain exerce son empire. Par conséquent, si quelqu'un, par exemple, avait acquis la qualité de citoyen italien en vertu d'une disposition de notre loi, mais sans avoir cessé d'être citoyen de son pays d'origine d'après la loi de ce pays, les magistrats italiens ne pourraient se dispenser de le considérer comme citoyen italien, parce qu'il se trouverait dans les conditions indiquées par notre loi pour être réputé tel. Toutefois, comme la personne continuerait, en vertu de la loi de son pays d'origine, à être réputée citoyen de ce pays, si la question devait se poser dans la patrie d'origine, les tribunaux devraient la résoudre d'après les lois qui y sont en vigueur.

L'intéressé, de son côté, ne pourrait pas invoquer la loi italienne, pour se soustraire dans son pays d'origine à l'empire des lois locales relatives à la qualité de citoyen, et pour soutenir devant les tribunaux de ce même pays, qu'ayant, aux termes de la loi italienne, acquis la qualité de citoyen italien, il ne devrait plus être réputé citoyen de sa patrie d'origine, et réciproquement il ne pourrait pas prétendre

devant les tribunaux italiens, qu'étant encore citoyen de sa patrie d'origine aux termes de la loi en vigueur dans cette patrie, il ne devrait pas être qualifié d'Italien, malgré l'accomplissement de toutes les conditions prescrites par notre loi pour l'acquisition de plein droit de la qualité de citoyen.

De telles prétentions devraient être considérées comme sans fondement aussi bien dans un cas que dans l'autre ; car on ne peut pas admettre en principe que l'application des lois d'un Etat relatives à la qualité de citoyen puisse être modifiées par aucune loi étrangère. Par conséquent, comme c'est seulement d'après la loi de chaque Etat qu'on doit décider qui est et qui n'est pas citoyen, les juges doivent rejeter comme mal fondée l'instance de l'individu qui, qualifié citoyen d'après la loi de l'Etat, à la prétention d'être qualifié étranger.

Une telle solution peut être considérée comme conforme aux principes du droit en ce qui concerne les seules personnes qui ont acquis par un fait volontaire la qualité de citoyen d'un Etat ; mais en pratique on ne peut pas décider autrement, quand il s'agit d'appliquer le principe aux individus qui, sans volonté expresse ou présumée, devront être qualifiés citoyens aux termes de la loi de l'Etat. Supposons, par exemple, que d'après la loi territoriale, soit qualifié citoyen quiconque est né sur le territoire de l'Etat, quoique fils d'un père étranger et que cet Etat soumettant au service militaire tous les citoyens, il arrive qu'on veuille appliquer cette disposition aux fils de Français ou d'Italiens, qui sont qualifiés citoyens de cet Etat par le seul motif qu'ils sont nés sur son territoire. Comme il ne peut être contesté que l'obligation du service militaire doit être imposée sans distinction à tous les citoyens, et comme on doit décider d'après la loi de l'Etat si quelqu'un doit ou non être réputé citoyen, il en résulte, qu'en appliquant notre règle, les magistrats de ce pays doivent qualifier citoyens les fils de Français et d'Italiens nés sur le territoire et les déclarer soumis au service

militaire. On ne peut pas non plus soutenir que les gouvernements italiens et français auraient à la rigueur le droit de s'opposer à la conséquence nécessaire de la juste application de la loi ; car aucun Etat ne peut s'attribuer le droit de s'opposer à l'application des règles établies par un autre Etat en matière d'acquisition de la qualité de citoyen, ni prétendre que ses lois propres, en vertu desquelles le fils né-hors du territoire de l'Etat d'un père citoyen est lui-même citoyen; soient efficaces dans l'autre Etat où se trouvent en vigueur des lois diverses ou contraires. [1]

Dans le même ordre d'idées, on doit aussi admettre que si un Français avait obtenu la qualité de citoyen italien et s'était établi dans le royaume avec sa famille, sa femme et ses enfants mineurs devraient être réputés italiens conformément à l'article 10, dernier alinéa, des dispositions préliminaires du Code civil italien. Par conséquent, si on soulevait devant les tribunaux italiens la question de la qualité de citoyen du fils mineur pour déterminer sa loi personnelle, ils devraient le considérer comme Italien et soumis dès lors

[1] En examinant la question à un point de vue très large, on peut avec juste raison soutenir que, puisque tout Etat est tenu de mettre sa propre législation en harmonie avec les principes du droit international, et puisque d'après ces principes la qualité de citoyen est un droit de l'homme, dont peut seule disposer la personne à laquelle elle appartient, aucun individu ne peut être contraint contre sa volonté expresse ou tacite à perdre la qualité de citoyen dans son pays d'origine, et que dès lors le gouvernement de la patrie d'origine peut exiger que la qualité de citoyen étranger ne soit pas imposée à ceux qui sont citoyens de l'Etat, bien qu'ils soient nés à l'étranger, et pourrait s'opposer à ce qu'ils soient soumis au service militaire étranger. Cela peut toutefois uniquement légitimer l'action diplomatique pour obtenir du gouvernement étranger qu'il modifie ses propres lois ou en suspende l'application ; mais si ce résultat n'était pas ainsi obtenu, un gouvernement ne pourrait pas s'ingérer dans la juste application de la loi étrangère sous le prétexte de protéger les intérêts nationaux,pas plus que les magistrats ne pourraient se dispenser d'appliquer cette loi, bien qu'ils fussent convaincus qu'elle serait onéreuse et contraire aux principes rationnels. Il ne leur appartient pas, en effet, d'apprécier la bonté des lois, leur mission devant se borner à statuer d'après les lois. Voir notre *Droit public international*, 2e édition française (traduct. Ch. Antoine), T. I, nos 389 et 644 et suivants.

à notre loi pour toutes les questions d'état personnel, bien qu'aux termes de la loi française les fils mineurs d'un Français qui acquiert la qualité de citoyen d'un État étranger continuent à être réputés Français jusqu'à leur majorité, époque où ils peuvent déclarer vouloir suivre la condition de leur père.

330. — Il nous reste à examiner l'hypothèse où la question de la double qualité de citoyen de deux États différents est soumise aux tribunaux d'une puissance tierce. Dans ce cas, comme la personne pourrait être réputée citoyen de l'un et l'autre Etat aux termes de la loi de l'un et de l'autre et comme aucune des deux lois ne peut être considérée par elle-même comme impérative à l'égard du juge de la puissance tierce, il est nécessaire d'établir comment la qualité de citoyen doit être déterminée, c'est-à-dire qu'il faut établir en cas de conflit des deux ou de plusieurs lois dissemblables ou contraires quelle est celle qui doit être préférée.

331. — Tout le monde est d'accord pour reconnaître, dans l'état actuel des choses, que des profondes divergences entre les lois relatives à l'acquisition et à la perte de la qualité de citoyen, il résulte des inconvénients réellement graves, tels que ceux de ne pouvoir, en certain cas, attribuer une qualité donnée de citoyen par application de régles juridiques certaines, ou de trouver la personne citoyen de plusieurs Etats, ou bien dépourvue de toute qualité de citoyen d'aucun Etat.

La question de la qualité de citoyen est une question de droit interne ; mais comme, dans les rapports civils internationaux, la condition juridique de la personne résulte de la qualité de citoyen, et que la détermination de la loi personnelle dépend de cette qualité, il est nécessaire de pouvoir établir nettement et suremont dans chaque cas, si une personne doit être considérée comme citoyen de tel ou tel Etat. Par conséquent, c'est une question de droit international

d'écarter toute incertitude à ce sujet, et cette question ne peut être résolue qu'au moyen du *consensus gentium*, c'est-à-dire seulement à l'aide d'un traité entre les Etats, traité par lequel ils stipulent les principes du droit international relatifs à cette matière, et fassent cesser la grave perturbation qui résulte actuellement du fait que chaque législateur formule à sa manière les règles qu'il considère comme mieux accommodées à ses vues politiques et aux intérêts du pays sur lequel il exerce son empire.

Même en admettant que chaque législateur puisse toujours édicter les règles relatives à l'acquisition et à la perte de la qualité de citoyen, dans les rapports internationaux, il sera toujours indispensable, pour concilier des lois dissemblables, d'établir d'un commun accord les règles de droit international propres à résoudre et à écarter tout conflit, et il sera toujours nécessaire de stipuler dans un traité les principes relatifs à cette matière. [1] Actuellement, en l'absence d'un tel traité, les tribunaux des Puissances tierces, appelés à statuer sur la qualité de citoyen d'une personne donnée et à résoudre les conflits entre les lois dont résulte la double qualité de citoyen ou le défaut de cette qualité, ne peuvent que s'en tenir aux principes de droit international, de la même façon qu'ils doivent le faire dans tout autre cas où, à raison d'une règle de droit positif, ils doivent s'en référer aux principes généraux du droit.

332. — Maintenant, disons comment, d'après nous, on doit résoudre la question de la qualité de citoyen.

Le *status civitatis* est un des droits les plus personnels de l'homme et il lui appartient à l'égard de tous les États de

[1] Voir notre ouvrage : *Nouveau droit international public*, 2e édition française (traduction Ch. Antoine), § 684 et suiv.; Brocher, *Droit international privé*, Chap. III, p. 165, et *Revue de droit international*, 1873, p. 402 ; — Westlake, *id.* (1869, p. 102) ; — Bluntschli, *id.*, 1870, p. 197, et les propositions de l'Institut de Droit international dans l'*Annuaire* de cet Institut, ainsi que Catellani, *Il diritto internazionale privato ed i suoi recenti progressi*, 1re partie, Chap. V.

l'univers. Aussi doit-on admettre en principe qu'il est permis à chaque personne d'appartenir librement à tel ou tel corps politique, et que par conséquent aucun souverain ne peut prétendre imposer la qualité de citoyen à l'homme contre sa volonté manifeste ou présumée, ou empêcher ceux qui ont déjà acquis cette qualité d'y renoncer librement et d'en choisir un autre.

En admettant ce principe, on ne peut pas justifier une loi qui impose aux individus la qualité de citoyen contre leur volonté expresse ou présumée, parce que l'on arriverait ainsi à méconnaître un des droits personnels de l'homme. On doit dès lors considérer comme en opposition aux principes généraux du droit une loi qui impose la qualité de citoyen à tous ceux qui sont nés sur le territoire de l'Etat. [1] On ne saurait soutenir qu'une telle faculté doive être considérée comme comprise dans la *summum jus* qui appartient à chaque souverain sur le territoire soumis à son empire. Tel a été cependant l'opinion de la cour de Riom, qui s'est ainsi exprimée : « Ce serait méconnaître le droit de souve- « raineté appartenant à chaque Etat que de prétendre qu'un « Etat ne puisse déférer à un étranger la qualité de régni- « cole sans le consentement ou la volonté de celui auquel « une pareille qualité est déférée. » [2]

Cette doctrine pouvait se concilier avec les principes prédominant au moyen-âge dans les territoires constitués en fiefs, principes qui amenèrent à faire considérer la sujétion comme un rapport géographique et territorial, et à faire réputer sujet ou non sujet toute personne, suivant qu'elle vivait au dedans ou au dehors de terres soumises à la domination du seigneur ; mais ce serait une véritable anomalie

[1] On ne peut pas dire la même chose des lois qui attribuent au fils la qualité de citoyen du père. En effet, si l'on tient compte des rapports de consanguinité et des tendances naturelles alimentées par les affections de famille, on peut avec raison présumer que le fils veut suivre la condition de son père et avoir la même patrie que lui.

[2] Riom 7 avril 1835 (Onslow c. Onslow). *Journ. du Palais*, 1835.

de tenter de concilier cette idée avec les principes du droit moderne.

On doit également considérer comme en opposition avec les principes généraux du droit la loi qui ôte à l'homme la faculté de renoncer librement à la qualité de citoyen qui lui est acquise et d'en choisir une autre de son plein gré, alors qu'il a la capacité juridique requise pour le faire.

Il faut dès lors admettre comme règles de droit international les suivantes :

a) Nul ne peut être déclaré citoyen d'un Etat contre sa volonté expresse ou présumée ;

b) Le fils légitime acquiert par la naissance la qualité de citoyen du pays de son père ;

c) Le fils naturel acquiert la qualité de citoyen du pays de son père, quand la paternité est légalement constatée, autrement il suit la condition de sa mère, toutes les fois que la maternité est légalement constatée ;

d) Lorsque ni la paternité ni la maternité ne sont pas légalement constatées, l'enfant est réputé citoyen de l'Etat où il est né ;

e) Tout individu qui a la capacité juridique nécessaire pour exercer les droits civils peut librement choisir l'Etat auquel il veut appartenir, et peut déclarer son intention de changer la qualité de citoyen qui lui est acquise, et en acquérir une autre, pourvu qu'une telle déclaration ait lieu de bonne foi, soit effective et manifestée dans les formes et sous les conditions établies par la loi de l'Etat dont la personne veut acquérir la qualité de citoyen ;

On ne peut pas considérer comme contraire aux principes du droit international une loi qui a pour but d'empêcher l'expatriation opérée de mauvaise foi.

333. — Le principe qui attribue au fils la qualité de citoyen de l'Etat du père est dérivé de la législation romaine[1],

[1] *Cum legitimæ nuptiæ factæ sunt patrem liberi sequuntur.* (L. 19, Dig. De stat. hom.).

et repose sur les tendances naturelles des hommes,lesquelles font présumer chez chacun la volonté d'être citoyen de la même patrie que son père.Cette présomption est naturelle, car elle a sa base dans les liens du sang. Elle est certainement plus rationnelle que celle qui attribue au fils la qualité de citoyen de l'Etat où il est né, *jure territorii.*

334. — A l'égard du fils naturel, il est raisonnable d'admettre qu'il doit suivre la condition de son père, à supposer que la paternité soit légalement constatée (à la différence de ce qui avait lieu d'après le droit romain qui disposait qu'il devait suivre la condition de la mère).[1] En effet, les rapports qui dérivent de la paternité naturelle ont subi une transformation importante par suite des principes qui ont prévalu en droit moderne et qui procèdent d'idées toutes différentes de celles du droit romain. Le *connubium* illicite chez les Romains ne produisait entre le père et le fils aucun lien juridique et aucun rapport de puissance paternelle. Au contraire, en droit moderne, la paternité naturelle légalement constatée est la source de beaucoup de rapports juridiques entre le père et le fils naturels, rapports plus ou moins importants suivant les lois des différents pays.

Aux termes de la loi italienne, bien que le père naturel n'ait pas tous les droits de la puissance paternelle, néanmoins il a la tutelle (art. 184, C. civ. ital.) et la faculté de consentir au mariage de son fils reconnu (art. 66), et en cas de dissentiment avec la mère qui a également reconnu l'enfant,son consentement au mariage est prépondérant(art. 63-66); l'enfant reconnu a le droit de prendre le nom du père et le droit plus important encore de venir à sa succession en concurrence avec les enfants légitimes.

[1] *Vulgo quæsitus matrem sequitur ivi lex naturæ hæc est ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur.* (L. 24, *De stat. homin.*)

Le Code civil français accorde aussi à la reconnaissance légale des conséquences juridiques importantes.[1]

Étant dès lors admis que la paternité naturelle légalement constatée produit des effets aussi considérables, il est raisonnable d'admettre la présomption que le fils naturel veut suivre la condition de son père, pour n'avoir pas des devoirs politiques différents qui, en certains cas, pourraient amener des conflits et faire qu'il se trouvât en contradiction avec les liens naturels constatés par la reconnaissance.

335. — L'application de la règle pourrait donner lieu à quelques difficultés dans le cas où le père et la mère seraient citoyens d'États différents. Il pourrait arriver que la maternité eût été légalement constatée avant la paternité et que la loi du pays de la mère admît le principe du droit romain, ou que, même en admettant celui consacré en droits italien et français, elle disposât que le fils dût suivre la condition de la mère qui l'aurait reconnu avant le père, et que dès lors, par suite de la reconnaissance antérieure de la mère, il eût la qualité de citoyen du pays de celle-ci.

Étant donnée cette hypothèse, on pourrait se demander si, par application de la règle que nous avons formulée, le fils devrait perdre la qualité de citoyen de l'État de sa mère, pour acquérir celle du pays du père qui l'aurait postérieurement reconnu.

Nous croyons devoir faire une distinction. Si, aux termes de la loi de l'État où le fils serait né et dont il aurait acquis la qualité de citoyen en vertu de la reconnaissance de sa mère, il était disposé que l'enfant naturel devrait toujours suivre la condition de la mère, conformément aux principes du droit romain, la reconnaissance postérieure du père ne devrait pas lui faire perdre *ipso jure* la qualité de citoyen acquise et lui attribuer celle du père, bien qu'il fût disposé par la loi de l'État du père que le fils naturel re-

[1] Voir articles 383, 148, 158, 757, 765, C. civ.

connu devrait suivre la condition du père. Il faudrait, au contraire, admettre que, ne pouvant perdre la qualité de citoyen acquise, qu'aux termes de la loi dont il serait citoyen, la reconnaissance du père étranger ne devrait, à ce point de vue, avoir aucune efficacité. Le fils devrait dès lors conserver la qualité de citoyen de l'État de sa mère, jusqu'au jour où, arrivé à sa majorité, il aurait déclaré choisir celle du pays de son père.

Si, au contraire, aux termes de la loi des deux pays, on admettait le principe que le fils devrait suivre la condition de la mère qui l'aurait reconnu alors seulement que la paternité n'aurait pas été légalement constatée, et que si elle avait été constatée il devrait suivre la condition du père, il nous semblerait plus raisonnable de soutenir que parmi les effets légaux de la reconnaissance, on devrait admettre le changement de qualité de citoyen. Nous ne trouvons pas, en effet, concluant l'argument de certains auteurs, que les citoyens appartiennent à la patrie et que par conséquent il ne peut pas être permis à un étranger d'en diminuer le nombre.[1] Les citoyens appartiennent à la patrie ; mais le droit d'être citoyen, c'est-à-dire d'appartenir à telle ou telle communauté politique est un droit individuel et personnel. Étant donné que l'une et l'autre loi donnent au consentement du père une force prépondérante à l'égard des rapports qui s'établissent entre lui et le fils naturel et entre celui-ci et sa mère, il semble plus raisonnable que la reconnaissance du père doive être prépondérante sur celle antérieurement faite par la mère, même en ce qui concerne la qualité de citoyen du fils.

[1] Mailher de Chassat, *Des statuts*, n° 221 ; Duranton, *Droit civil*, t. I, p. 80-83 ; Dalloz, *Répert.*, V. *Droits civils et politiques*, sect. II, art. I. — Dalloz soutient que le fils naturel reconnu par la mère française doit être réputé citoyen français, nonobstant la reconnaissance postérieure du père étranger. « La qualité de Français, une fois imprimée, ne se perd « que par l'un des moyens énoncés dans les articles 17 et 18 du Code « Napoléon. »

On ne peut pas dire que par là on attribue à un étranger la faculté d'ôter leur patrie à des citoyens, parce que celui qui perd sa qualité de citoyen conformément aux lois en vigueur ne la perd par suite de l'arbitraire de personne, mais seulement par respect des principes du droit.

Le fils pourra, du reste, toujours recouvrer la qualité de citoyen dans la patrie de sa mère, lorsqu'il en aura la capacité civile, et comme durant la minorité il doit rester soumis à la puissance paternelle ou à la tutelle du père, il est plus raisonnable qu'il ait la même qualité de citoyen que lui.

336. — Quand une personne n'est pas née d'un légitime mariage et que sa maternité ni sa paternité naturelles n'ont été légalement constatées, il n'y a d'autre moyen de déterminer sa qualité de citoyen que de la réputer citoyen de l'État où elle est née. Il est d'un intérêt suprême que chacun ait une qualité de citoyen, et lorsque celle-ci ne peut résulter de la relation de filiation, il n'y a d'autre ressource que de la faire résulter du lieu de la naissance.

Il pourrait aussi arriver que le lieu de la naissance fût incertain et indéterminé. Cela pourrait se produire à l'égard d'enfants trouvés sur une frontière ou abandonnés par un voyageur qui voyagerait en chemin de fer. A leur égard, il faudrait admettre qu'en l'absence d'indice sur le lieu de la naissance, on devrait tenir compte, pour déterminer la qualité de citoyen, des rapports établis avec la souveraineté territoriale, ou du fait que la personne a été élevée sur le territoire, ou y a plus longtemps séjourné, ou bien s'y est établie.

On a appliqué cette maxime en droit autrichien. En effet, en Autriche, sont réputés Autrichiens les enfants trouvés dont le lieu de naissance est légalement incertain. La loi bulgare de 1883 consacre expressément la même règle.

337. — Pour bien comprendre la dernière règle, il est

utile de noter que l'on doit considérer comme un véritable droit pour chaque souveraineté d'empêcher que l'individu ne renonce à la qualité de citoyen de son pays d'origine dans le but de se soustraire aux charges imposées aux citoyens, dont l'une consiste dans l'obligation du service militaire. L'organisation de l'armée deviendrait difficile, si ceux qui sont astreints pouvaient se soustraire à ce service en renonçant à leur qualité de citoyen. Aussi a-t-on cherché dans les lois des divers pays à concilier la liberté de changer de patrie avec la nécessité suprême de ne pas compromettre l'organisation militaire, et tout en laissant à toute personne la faculté de renoncer à la qualité de citoyen, on a en même temps consacré la règle que la perte de cette qualité ne doit pas exempter du service militaire.

Cette restriction imposée par les nécessités de concilier les droits de l'homme avec les intérêts suprêmes de l'État ne peut être considérée comme en opposition avec les principes généraux du droit. Par conséquent, celui qui aurait acquis la qualité de citoyen d'un pays étranger ne pourrait pas invoquer l'application des lois de sa patrie d'élection, pour se soustraire à celles de sa patrie d'origine, qui lui imposeraient l'accomplissement des devoirs contractés envers elle avant la rupture des liens qui l'unissaient à elle.[1]

Nous devons cependant dire que, comme en vertu de certaines lois, que nous analyserons plus bas, le mineur suit la condition de son père et devient citoyen de la patrie d'élection de celui-ci, à moins qu'il ne déclare lors de sa majorité qu'il veut conserver la qualité de citoyen de son pays d'origine, il pourrait se trouver dans la condition d'être ré-

[1] Voir, en ce qui concerne les questions qui se sont soulevées à propos de l'obligation du service militaire auquel ont été astreints dans leur patrie d'origine les individus naturalisés en Amérique, les discussions entre le gouvernement des Etats-Unis et les gouvernements européens dans Beach Lawrence, *Commentaire sur les éléments du droit international*, et notre note sous l'arrêt de la Cour de Venise du 31 mai 1878, dans le *Foro italiano*, 1878, p. 750, et l'arrêt de la Cour de Modène du 2 août 1887 dans l'affaire Forni et notre note sur cet arrêt dans le *Foro italiano*.

puté citoyen de la patrie d'élection de son père et par conséquent être astreint au service militaire dans ce pays. Il serait donc opportun, pour éviter l'inconvénient pour lui de servir dans l'armée des deux États, celui d'origine et celui d'élection de son père, qu'il ne fût tenu au service militaire qu'après sa majorité et son option devant l'autorité compétente pour la qualité de citoyen de l'État qu'il voudrait chisir.[1]

338. — A l'égard des effets de la qualité de citoyen acquise par élection relativement à la femme et aux fils mineurs, il existe un désaccord notable entre les auteurs et entre les lois des divers États.

En ce qui concerne la femme, on admet généralement qu'elle doit suivre la condition du mari, c'est-à-dire que par le fait du mariage elle perd sa qualité originaire de citoyen et acquiert celle de l'homme avec lequel elle s'unit. Le principe de l'unité de la famille serait gravement atteint, si le mari et la femme pouvaient être citoyens de deux États différents. L'accord à ce sujet est général et il n'est pas nécessaire d'en dire plus. Mais le désaccord naît alors qu'il s'agit de savoir si la femme mariée doit toujours suivre la condition du mari, de façon qu'en perdant sa qualité originaire de citoyen et en en acquérant une nouvelle, le mari doive par là même faire perdre et acquérir les mêmes qualités à la femme.

Cette controverse a été vivement agitée en France lors de la discussion de l'article 214 du Code civil devant le Conseil d'État. Dans le projet primitif, cet article avait un second alinéa ainsi conçu : « Si le mari voulait quitter le sol de la

[1] Dans le traité entre l'Italie et la Suisse du 22 juillet, on trouve la clause suivante à l'article 4 : « Lorsque le fils d'un Suisse établi dans le « royaume d'Italie y a acquis la qualité de citoyen en vertu des lois ita- « liennes, il sera astreint à l'obligation du service militaire si dans l'an- « née, à partir du jour de sa majorité, il n'a pas opté devant l'autorité « compétente pour la qualité de citoyen suisse, et en tout cas il ne sera « pas appelé à accomplir le service militaire avant d'être devenu ma- « jeur. »

« République, il ne pourrait contraindre sa femme à le sui-
« vre, si ce n'est dans le cas où il serait chargé par le gou-
« vernement d'une mission à l'étranger exigeant la rési-
« dence. » Ce paragraphe a ensuite été supprimé, sur l'observation que l'obligation pour la femme de suivre partout son mari est absolue et ne doit subir aucune restriction. Toutefois Reynauld de St-Jean d'Angély déclara que, bien que le mari ne pût pas être contraint de se séparer de sa femme, lorsqu'il devrait s'éloigner de sa patrie, il ne pourrait cependant pas avoir le droit de la rendre étrangère.[1]

Nous n'entendons pas discuter la question de savoir si la femme qui, sauf le cas de séparation, doit avoir le domicile du mari, est obligée de le suivre en pays étranger, parce que cela rentre dans le domaine du droit civil, et qu'à ce sujet les civilistes sont divisés. Il nous semble qu'en principe on ne saurait soutenir qu'on ne doive faire aucune exception à l'obligation pour la femme de suivre partout son mari. Elle doit certainement beaucoup à son mari, mais elle se doit aussi à elle-même, et les liens qui l'unissent au sol natal et à ses parents doivent être pris en considération. Aussi nous semble-t-il qu'il doit être laissé à la prudence des tribunaux d'examiner les circonstances, pour décider si ce peut être le cas d'autoriser une séparation volontaire.

Mais, laissant de côté cette question et reprenant celle dont nous devons nous occuper actuellement, nous dirons que la théorie soutenue par les jurisconsultes[2] et d'après laquelle la femme mariée doit suivre la condition du mari, même en ce qui concerne le changement de qualité de citoyen durant le mariage, ne nous paraît pas bien fondée en droit. Ses partisans allèguent que la nature du mariage ne suppose l'existence d'aucune divergence entre le mari et la femme relativement à la qualité de citoyen ; que l'indivisi-

[1] Locré, *Législat. civ.*, LIV, p. 593, art. 2.

[2] Voir Proudhon, T. I, p. 452 ; Mailher de Chassat, n° 193 ; Fœlix, *Droit international privé*, n° 40 ; *Revue pratique du droit francais*, par M. Varambon, 1859, t. VIII.

bilité et la communauté de la vie viendraient en grande partie à disparaître, si le mari et la femme avaient des intérêts politiques différents et opposés et des patries distinctes; que la femme en s'unissant par le mariage sait d'avance qu'elle est obligée de suivre la condition de son mari et exposée à perdre sa propre qualité de citoyen et à acquérir celle de son époux, et que pouvant supposer que son mari pourrait vouloir renoncer à sa qualité de citoyen et en acquérir une autre, on doit présumer qu'elle a consenti à le suivre dans sa patrie d'élection[1].

A ces arguments, on peut objecter que l'acquisition de la qualité de citoyen est généralement subordonnée à un fait volontaire et à l'accomplissement de certaines conditions de la part de l'individu qui y aspire. Elle implique une sorte de contrat entre l'Etat et la personne qui accomplit librement le fait dont dérive, suivant la loi, l'acquisition de la qualité de citoyen. Or, quelque étendue qu'on veuille considérer l'autorité du mari, on ne saurait admettre qu'il puisse suppléer par sa volonté à celle de la femme et disposer à son gré de l'état et de la qualité de citoyen de celle-ci. Quand une femme épouse un étranger, le changement de qualité de citoyen est toujours volontaire de sa part, parce qu'elle sait qu'en s'unissant par le mariage à un étranger, elle perd par là même sa qualité de citoyen et devient étrangère. Comme il est en son pouvoir de s'unir ou non par le mariage, en se mariant elle consent implicitement à renoncer à sa propre qualité de citoyen pour acquérir celle du mari. Mais lorsqu'une femme s'est mariée à un de ses concitoyens, ou a acquis une qualité de citoyen donnée, elle ne peut pas prévoir que son mari puisse ensuite la contraindre durant le mariage à une renonciation à sa qualité de citoyen acquise lors du mariage. A quel titre admettre que le mari puisse, à son gré, disposer de l'état de sa femme?

[1] Varambon, *Revue pratique*, 1859, T. VIII, p. 50.

Lors de la discussion au Conseil d'Etat français de l'article 19 du Code civil, ainsi conçu : « Une française qui « épousera un étranger suivra la condition de son mari », Portalis demanda qu'on ajoutât une disposition destinée à sauvegarder les droits de la femme dont le mari viendrait à perdre la qualité de Français. Cette proposition ne fut pas prise en considération, parce que le premier Consul fit observer qu'il y a une grande différence entre une Française qui épouse un étranger et une Française qui, ayant épousé un Français, suit son mari, alors qu'il s'expatrie. La première renonce volontairement à ses droits de citoyen, la seconde n'y renonce pas et en suivant son mari elle accomplit un devoir.

L'inconvénient du dualisme dans la famille, relativement aux sentiments politiques à l'égard de deux patries, ne serait pas écarté dans le système que nous combattons, parce qu'en imposant à la femme une nouvelle qualité de citoyen, on n'arriverait pas à étouffer chez elle ses sentiments à l'égard de sa patrie d'origine, mais qu'au contraire, il serait à craindre que le fait pour elle d'être privée contre son gré de sa qualité de citoyen ne contribuât à accroître l'inconvénient indiqué et à rendre plus vifs les sentiments d'affection et de sympathie à l'égard de sa patrie[1].

339. — Les législations des différents États varient à ce sujet. Dans quelques-unes on admet que la femme suit la condition du mari, même lorsque celui-ci acquiert une nouvelle qualité de citoyen au cours du mariage et perd sa qualité de citoyen antérieure. C'est ainsi que la loi italienne dispose que « la femme de celui qui a perdu la qualité de « citoyen de l'État devient étrangère, sauf s'il a continué « à résider dans le royaume » (art. 11 du Code civil ita-

[1] Compar. Duranton, I, 189; Valette, *sur Proudhon*, I, p. 126; Demolombe, t. I, 175; Demangeat, note sous le nº 40 de Fœlix; Legat, *Code des étrangers*, p. 54 et 492; Blondeau, *Revue de droit francais*, 1845, II, p. 14.

lien), et que la femme de l'étranger qui est devenu citoyen devient citoyenne si elle a fixé sa résidence dans le royaume. Par cette disposition, le législateur italien, dans le but de maintenir constamment l'unité de la famille, a attribué au mari la faculté de changer la qualité de citoyen de la femme indépendamment de sa volonté. Il est vrai que la perte et l'acquisition de la qualité de citoyen sont subordonnées à la circonstance de la résidence ; mais on ne peut pas dire que cela change la substance des choses, car la femme doit suivre partout son mari, et ce n'est dès lors pas une juste cause de séparation personnelle judiciaire que le fait de la part du mari de vouloir s'établir à l'étranger et y acquérir la qualité de citoyen. Dès lors, la femme, n'ayant pas le droit de refuser de suivre son mari à l'étranger, le changement et la perte de la qualité de citoyen peuvent être pour elle une nécessité à laquelle elle ne peut se soustraire.

D'après d'autres législations, le seul fait de l'acquisition de la part du mari de la qualité de citoyen d'un autre État emporte l'acquisition par la femme de cette même qualité. Tel est le cas de la loi allemande du 1er juin 1870, art. 11, de la loi hongroise de 1879, des lois de la Russie et de la Suède, ainsi que de celles d'autres pays.

Dans d'autres États, au contraire, on admet que le changement de la qualité de citoyen du mari ne peut avoir pour effet de modifier la qualité de citoyen de la femme. Telle est la maxime qui a prévalu en France, où le Code civil est muet, mais où la jurisprudence est formelle sur ce point. La cour d'Aix, dans la cause Boutros Kassab, a décidé, par arrêt du 21 mars 1882, que la naturalisation est personnelle à celui qui l'obtient et qu'elle n'influe pas sur les droits des tiers, que le changement de qualité de citoyen du mari durant le mariage ne peut modifier la qualité de citoyen définitivement acquise par la femme au moyen du mariage[1].

[1] *Journal de droit international privé*, 1882, p. 541.

340. — On rencontre les mêmes divergences dans la doctrine et les législations des divers pays, relativement aux effets à l'égard du fils mineur de l'acquisition et de la perte par le père de la qualité de citoyen.

Certains auteurs ont cru indispensable, pour maintenir l'unité dans la famille, d'ériger en principe que le mineur doit suivre la condition du père, même quand celui-ci acquiert ou perd la qualité de citoyen. Pisanelli s'est fait le champion de cette théorie, lors de la discussion du Code civil italien actuellement en vigueur. Il proposa que la condition juridique de tous les membres de la famille fût rendue uniforme, pour établir ainsi l'égalité entre les fils d'un même père et l'homogénéité et l'uniformité des sentiments et des devoirs politiques entre eux tous et leurs parents. Cette idée prévalut dans le Code et il en justifia ainsi les dispositions devant le Sénat : « L'unité de la constitu-
« tion de la famille, disait-il, ne permet pas qu'il existe
« entre le père et les fils mineurs une différence quant à la
« qualité de citoyen. Un tel dualisme produirait une grave
« et funeste altération dans les rapports juridiques de la
« famille, il relâcherait les liens que la nature a créés et
« que la loi a consacrés, et l'autorité du père comme chef
« de la famille se trouverait ballottée entre des législations
« diverses. La scission de la famille en deux parties, la sé-
« paration des fils mineurs du père rendrait impossible
« l'éducation des fils et leur direction morale et politique,
« importante et très noble la tâche de celui qui est le chef
« de la société domestique. »[1]

Bien que ce soient là des arguments sérieux, on peut néanmoins leur opposer que la qualité de citoyen étant un droit personnel, fait partie du patrimoine de la personne, et que, devant être considérée comme la principale garantie de la condition juridique acquise par le fils, elle

[1] Voir le discours prononcé au Sénat lors de la discussion du livre I du Code civil italien, séance du 15 juillet 1863.

ne peut lui être enlevée au gré du père, et cela pour de graves raisons d'intérêt privé et d'intérêt public. L'état du fils au moment de sa naissance est déterminé par celui du père. En effet, comme on doit lui attribuer une qualité de citoyen et qu'on ne peut pas admettre que cette qualité dépende du fait matériel d'être né dans tel ou tel territoire, il est plus conforme aux justes principes de la faire dépendre *jure sanguinis*, parce que cela doit être réputé plus conforme à la volonté présumée du fils. Quand, toutefois, celui-ci a acquis, par suite de sa naissance, la qualité de citoyen, cela constitue pour lui un droit personnel dont il doit seul pouvoir disposer lorsqu'il aura la capacité civile nécessaire pour le faire. Tant qu'il n'a pas cette capacité, l'enfant est sous la protection de la loi de l'État dont il est citoyen, et la condition juridique acquise par lui en vertu de cette loi ne doit pas pouvoir être modifiée à son insu par son père ; car, de même que le père ne peut pas valablement aliéner à son gré le patrimoine matériel de l'enfant, de même il ne doit pas pouvoir disposer à son gré de la qualité de citoyen qui fait partie de son patrimoine moral et qui détermine sa condition juridique, dont dérivent des droits importants sur les biens et sur le patrimoine de la famille. En admettant en principe que la condition civile de chacun et les effets qui en dérivent relativement au patrimoine doivent être déterminés d'après la loi personnelle, et que celle-ci doit dépendre de la qualité de citoyen, il en résulte que la condition juridique du fils, même pour ce qui concerne les effets qui en résultent dans ses relations avec le père, pourrait être empirée, si le père en changeant sa qualité de citoyen changeait *ipso jure* celle du fils, et par conséquent changeait la loi régulatrice de la condition civile du fils et de leurs rapports respectifs. Il pourrait, par exemple, arriver que, par suite d'un tel changement, la période de la minorité pût être prolongée et être étendue jusqu'à 25 ans, si la loi de la patrie d'élection du père disposait ainsi, tandis que, d'après la loi du pays d'origine, le fils

serait majeur à 21 ans. Cette aggravation de condition juridique serait d'autant plus onéreuse pour le mineur, qu'elle lui serait imposée nécessairement et contre sa volonté présumée.

Il pourrait également arriver que l'exercice de la puissance paternelle et des droits accessoires qui en dérivent, devant être réglés par la nouvelle loi, la condition du mineur fût par-là même aggravée, et que, par exemple, l'usufruit sur les biens du fils fût attribué au père, ou bien qu'il fût accordé à ce dernier des droits plus larges relativement à l'administration des mêmes biens, sans parler des autres conséquences qui pourraient se produire au préjudice du fils en cas de succession.

La haute conception de l'unité de la famille ne pourrait du reste pas être considérée comme réduite à néant, par le fait que les enfants nés dans le pays d'origine conserveraient leur qualité originaire de citoyen durant leur minorité. En effet, la famille ne peut pas être considérée comme annihilée par le fait que les fils majeurs ont conservé, comme c'est leur droit, leur qualité originaire de citoyen.

Il faut, en outre, considérer que l'acquisition de la qualité de citoyen dans un nouvel État présuppose toujours un fait volontaire de la part de la personne et implique un quasi-contrat pour réaliser une conception non moins élevée, *ne quis invitus in civitate maneat*. Or, si le mineur n'a pas la capacité requise pour former un contrat aussi important au point de vue de l'intérêt public, comment admettre que le père puisse le former pour lui?

341. — Si, du reste, il existait une uniformité à ce sujet entre toutes les législations, le système pourrait peut-être se justifier. Mais, au contraire, tandis que certains législateurs admettent le principe consacré dans le code civil italien, d'autres, considérant la qualité de citoyen comme un droit personnel du mineur, disposent qu'il doit conserver sa qualité originaire de citoyen jusqu'au jour où,

devenu majeur, il n'a pas déclaré, dans les conditions et les formes prescrites par la loi, son intention de suivre la condition de son père. C'est ce qui a lieu notamment en France, où la jurisprudence avait déjà consacré la règle, que la qualité de citoyen, étant un droit personnel et non transmissible, l'acquisition et la perte de ce droit devaient être limitées à la personne[1]. Cette règle a acquis plus de sûreté et a été constamment appliquée depuis la publication de la loi du 7 février 1851, qui établit (article 2) que les fils mineurs de l'étranger naturalisé en France n'acquièrent pas de plein droit la qualité de Français, en vertu de la naturalisation du père, mais qu'arrivés à la majorité, ils peuvent acquérir cette qualité en observant les dispositions de l'article 9 du Code civil.

Or, de cette diversité des législations, il résulte que le mineur, étant considéré encore comme citoyen dans sa patrie d'origine d'après la loi de celle-ci et comme citoyen dans la patrie d'élection de son père, se trouve dans la condition d'une personne qui a une double qualité de citoyen.

Le principe admis en France l'est aussi dans d'autres pays. La loi belge de 1835 consacre, en effet, la même règle à l'égard des fils mineurs, et comme en Belgique il est admis que la naturalisation est individuelle et que les fils mineurs n'acquièrent pas la qualité de citoyen du père, il peut arriver que ceux d'un Italien qui s'est fait naturaliser Belge soient étrangers d'après la loi italienne, sans cependant être Belges, d'après la législation belge. Bien plus, en Belgique, les tribunaux ont appliqué si rigoureusement le principe consacré dans la loi, que la Cour de cassation, dans son arrêt du 9 juillet 1883, a décidé que le fils d'un naturalisé belge conçu avant la naturalisation de son père de-

[1] Grenoble, 16 décembre 1858 ; Paris, 23 juin 1859 ; Cass. 5 mai 1862 ; — Compar. Duranton, I, 120 ; Magnin. *Minorité*, I, 3 ; Richelot, I, 71 ; Legat, p. 11 ; Aubry et Rau, *Sur Zachariæ*, § 72 ; Demolombe, 175 ; Demante, T. I, nº 56 *bis* ; Dalloz, *Jurisprudence générale*, V. *Droit civil*, nº 114.

vait être réputé étranger, bien que né en Belgique, et cela en vertu des deux principes, d'après lesquels le père ne peut pas disposer de la qualité de citoyen du fils et que le *nasciturus pro jam nato habetur quando de ejus comodo agitur*[1].

Aux termes de la loi russe et de la loi suédoise, dans lesquelles le principe est admis en ce qui concerne la femme, il ne l'est pas en ce qui concerne l'enfant mineur. D'après la loi russe, le mineur peut réclamer la qualité de citoyen du père dans l'année de sa majorité, s'il est né ou a été élevé dans l'empire. Aux termes de la loi suédoise, le mineur ne peut acquérir la qualité de citoyen qu'au moyen de la naturalisation, de la même façon que tout autre étranger qui voudrait l'acquérir.

Dans l'ancien royaume de Naples, la qualité de citoyen acquise par l'étranger était considérée comme individuelle. En effet, aux termes du rescrit royal du 5 juillet 1842, la question de savoir si le fils mineur d'un naturalisé devait être considéré aussi comme tel et être astreint au service militaire, avait été ainsi résolue :

« Sa Majesté a considéré que selon les principes des lois « civiles en vigueur, le fils a la nationalité qui appartient « au père au moment de sa naissance, *que la nationalité « est un droit inhérent à la personne et indépendant des re- « lations de famille*, et qu'aucun ne peut disposer d'un tel « droit sinon la personne elle-même lorsqu'elle en a la ca- « pacité civile. Aussi, conformément à l'avis de la *consulta* « générale du royaume, Sa Majesté a daigné déclarer que « le fils né dans le royaume d'un étranger, est étranger et « que *la naturalisation postérieure du père n'entraîne pas « avec soi la naturalisation nécessaire du fils*, qui continue « à demeurer étranger, tant qu'il n'obtient pas la naturali- « sation dans les conditions et dans les formes prescrites « par les lois et les règlements en vigueur ».

[1] *Pasicrisie belge*, 1883, I, p. 304.

342. — De tout ce qui précède il résulte clairement que le noble dessein de fixer solidement l'unité de la famille ne justifie pas l'état actuel des choses, dont, à raison du manque d'unité de décision des législateurs, il dérive de très graves inconvénients. Il serait certainement utile que les Etats se missent d'accord pour établir les principes qui pourraient servir à écarter ces inconvénients. Tant qu'on n'aura pas abouti à un tel accord, il sera toujours utile que les législateurs qui veulent étendre les effets de la qualité de citoyen acquise par le père à tous les membres de la famille, admettent au moins la réserve, que nous trouvons dans l'acte de 1881 relatif à la naturalisation au Canada. Cet acte dispose en effet, de la manière suivante dans l'article 28 : « Lorsqu'un père veuf ou une mère veuve ont perdu, pendant que le présent acte est en vigueur, la qualité de citoyen britannique, leurs fils, s'ils vont résider durant leur minorité en pays étranger, où leur père ou bien leur mère sont naturalisés, *et si eux-mêmes sont naturalisés en conformité des lois de ce pays*, seront considérés dans le Canada comme citoyens du pays auquel appartiendront leur père ou leur mère, et non pas comme sujets britanniques ». Cette réserve écarte pour le moins l'inconvénient d'une double qualité de citoyen ou de l'absence de toute qualité de citoyen.

343.— Si, à raison du manque de traité et de la diversité des lois, il y avait lieu de résoudre un conflit entre deux législations, nous pensons que la règle la plus conforme aux principes du droit devrait être celle, d'après laquelle la qualité de citoyen acquise est un droit personnel, qui appartient à l'individu, qui est indépendant des rapports de famille, et dont la faculté de disposer ne peut être attribuée qu'à la personne elle-même, quand elle en a la capacité [1].

[1] De même chez les Romains, les Pérégrins qui obtenaient le droit de cité l'acquéraient pour eux seuls, à moins qu'ils n'eussent demandé le *jus civitatis* pour eux et pour leur famille. Gaii, *Instit.*, I, § 93 et suiv.

Nous pensons dès lors, qu'en cas de conflit, on doit toujours préférer la loi qui assure le mieux le respect de cette règle.

344.— Etant admise la règle que le changement de qualité de citoyen de la part du père ne peut pas suffire pour changer la qualité originaire de citoyen de l'enfant, il pourrait se présenter une question délicate relativement à la qualité de citoyen de celui-ci, à supposer que le père fût devenu citoyen d'un autre Etat durant l'époque intermédiaire entre la conception et la naissance de l'enfant.

Cette question a été soulevée et discutée devant les tribunaux belges et la Cour de cassation belge, considérant que le père ne peut pas disposer de la qualité de citoyen de l'enfant, et que celui-ci a le droit d'invoquer l'adage *nasciturus pro nato habetur quando de ejus commodo agitur*, a décidé que l'enfant pouvait prétendre qu'on devait lui attribuer la qualité de citoyen qu'avait son père au moment de sa conception, et que, par conséquent, en sa qualité d'étranger, il ne pouvait pas être astreint au service militaire en Belgique, parce que la loi belge impose cette obligation aux seuls citoyens [1].

Cette décision conduit à admettre que la qualité de citoyen doit être considérée comme un droit personnel de l'individu depuis le moment de sa conception, et l'on ne saurait dire d'une façon absolue que le principe sanctionné par la Cour soit erroné.

Nous devons néanmoins faire observer que, comme la qualité de citoyen est un des droits personnels qui font partie de l'état public de l'individu, et que l'époque de la conception est d'une preuve difficile, il ne nous semble pas opportun d'appliquer l'adage dans les questions relatives à la qualité de citoyen. Nous pensons, au contraire, que lorsque l'enfant naît d'une personne alors citoyen d'un Etat donné, il doit par là même être réputé citoyen de ce même Etat.

[1] Cass. belge, 9 juillet 1883, *Pasicrisie*, 1883, p. 304.

Aux règles que nous avons posées plus haut pour écarter l'inconvénient de l'inexistence d'une qualité déterminée de citoyen et de l'existence d'une double qualité de citoyen, nous croyons devoir ajouter les suivantes :

a) Chacun doit avoir une qualité de citoyen et ne peut en avoir légalement qu'une seule ;

b) La qualité de citoyen du lieu d'origine doit être présumée toujours conservée jusqu'au jour où on n'en a pas acquis une autre ;

c) Pour acquérir une nouvelle qualité de citoyen, il faut un fait volontaire et libre de la part de la personne, que cette personne soit capable, et que le fait implique ou la renonciation expresse, ou qu'il soit par lui même propre à faire présumer la renonciation tacite à la qualité primitive de citoyen.

d) Lorsqu'une nouvelle qualité de citoyen a été acquise légalement en conformité des principes établis, on doit considérer la première comme perdue pour ce qui concerne les rapports qui en peuvent dériver en droit international privé, bien qu'aux termes de la loi du pays dont la personne était originairement citoyen, elle ait pu encore conserver sa qualité primitive de citoyen.

345. — Le fondement de ces règles réside en ce que la qualité de citoyen est un grand avantage. Par conséquent, en l'absence d'un fait certain, dont il puisse résulter par voie de présomption, qu'une personne a renoncé à cette qualité, il faut admettre en principe la conservation de celle du pays d'origine. Dès lors, tant que la personne qui a acquis la qualité de citoyen, n'a pas rempli toutes les conditions requises par la loi d'un autre pays pour être réputée citoyen de ce pays, elle doit continuer d'être considérée comme citoyen de l'Etat auquel elle appartenait originairement.

Cela nous paraît plus conforme au respect dû à la personnalité de l'homme. Bien, en effet, qu'on ne puisse contester le droit pour la souveraineté de déclarer par une loi

ceux qui doivent et ceux qui ne doivent pas être réputés citoyens, toutefois, comme, aux termes du droit moderne, les liens qui unissent chaque personne à sa patrie et à sa propre communauté politique, sont considérés comme au libre pouvoir de la personne elle-même, et comme la faculté de conserver ou de rompre de tels liens est un véritable droit de l'homme, le fait par quelqu'un de ne pas avoir fait tout ce qui était nécessaire pour acquérir une nouvelle qualité de citoyen doit être considéré comme une preuve sérieuse de sa volonté de ne pas rompre complètement les liens qui l'unissaient à son pays d'origine.

Dans de telles circonstances, s'il arrivait qu'aux termes de la loi interne quelqu'un se trouvât avoir perdu sa qualité de citoyen sans en avoir acquis une autre, comme d'après le droit international on ne saurait jamais admettre que quelqu'un ne soit citoyen d'aucun État, on devrait considérer comme plus conforme aux justes principes de regarder cette personne comme étant encore citoyen de son pays d'origine (tant qu'elle n'est pas devenue citoyen d'un autre pays) ce, durant la période intermédiaire entre la perte de la qualité de citoyen originaire et l'acquisition de la nouvelle.

Cette règle nous paraît plus conforme aux principes rationnels, encore par le motif que, la condition juridique de chaque personne devant être déterminé d'après la loi de l'Etat dont elle est citoyen, il est naturel qu'en l'absence d'une raison sérieuse pour substituer à la loi de la patrie d'origine celle de la patrie d'élection, on doive considérer la personne comme soumise à la loi qui a commencé *ab initio* à fixer sa condition juridique et son état.

346. — Pour ce qui est de la nécessité d'un fait volontaire et libre de la part de la personne pour faire présumer la renonciation à l'élection de la qualité de citoyen, nous ferons observer que cela nous semble indispensable selon les principes généraux du droit, toujours pour le motif que la qua-

lité de citoyen doit être réputée un droit individuel et personnel. On peut soutenir qu'il ne soit pas indispensable qu'il existe un fait volontaire et explicite comme celui de la naturalisation proprement dite, mais on ne peut se dispenser d'admettre la nécessité d'un fait volontaire quelconque faisant présumer la renonciation et l'élection pour réaliser le fait de l'élection. Il peut être suffisant que la personne accomplisse volontairement un fait déclaré par la loi propre à l'acquisition de la qualité de citoyen, tel que, par exemple, le service militaire ou l'acceptation d'une fonction publique. Quand, au contraire, il s'agit non d'une qualité de citoyen dérivant du fait volontaire de l'homme, mais imposée par une disposition de loi, la conservation de la patrie naturelle doit être présumée et doit exclure toute idée de renonciation à la qualité de citoyen pour en acquérir une autre.

347. — Supposons, par exemple, que dans une famille française établie au Vénézuéla pour faire le commerce, il naisse un fils. Aux termes de la loi de la patrie du père, la qualité de citoyen français étant attribuée à l'enfant bien que né en pays étranger,cet enfant devrait être réputé français jusqu'au jour où devenu majeur il aurait renoncé à la qualité de citoyen français et déclaré vouloir être étranger. Cependant ce même enfant, aux termes de la loi locale, serait déclaré citoyen du Vénézuéla parce qu'il serait né sur le territoire de cette république. Or, si les tribunaux italiens, par exemple, étaient appelés à statuer sur la qualité de citoyen et sur l'état et la condition juridiques de cette personne, ils devraient la considérer comme française plutôt que comme vénézuélaise, car le changement forcé de la qualité de citoyen ne peut être valable qu'en ce qui concerne l'Etat qui a ainsi disposé dans sa législation. En effet, étant donné que dans les rapports internationaux on doit considérer comme contraire aux principes généraux du droit d'imposer une nouvelle patrie à une personne, en la dépouillant

de sa qualité originaire de citoyen, en l'absence de sa part d'un fait volontaire qui fasse présumer la renonciation et l'élection, la loi du Vénézuéla devrait être considérée comme inefficace. Dès lors, les tribunaux italiens ne pourraient pas repousser la demande d'une personne intéressée à soutenir que l'on devrait toujours réputer français l'enfant dont s'agit, parce qu'aux termes de la loi française il serait français de plein droit et parce qu'il n'aurait fait aucun acte volontaire de nature à faire présumer sa renonciation à sa qualité originaire de citoyen, et que par conséquent son statut personnel, devant être celui de sa patrie, devrait être considéré comme soumis au Code civil français et non à la loi du Vénézuéla.

Dans le même ordre d'idées, on peut soutenir que l'enfant né en France d'un père espagnol, qui y serait aussi né d'un père espagnol, devrait être réputé citoyen espagnol et non français, parce qu'aux termes de la loi de la patrie du père la même qualité de citoyen est attribuée au fils bien que né à l'étranger, et que, par conséquent, le fils est né de plein droit citoyen espagnol. On invoquerait en vain, pour exclure une instance engagée à ce sujet, la loi française du 16 décembre 1874, aux termes de laquelle l'individu né en France d'un père étranger qui lui-même y est né est Français, à moins que dans l'année qui suit sa majorité il n'ait réclamé sa qualité d'étranger. Cette loi exerce certainement un empire absolu en France et doit y être appliquée rigoureusement par les tribunaux ; mais les tribunaux des puissances tierces, qui sont appelés à trancher le conflit entre cette loi et la loi espagnole, devant le résoudre d'après les principes du droit international, devraient considérer comme plus conforme à ces principes la loi espagnole qui consacre la règle de droit commun, que le fils naît partout citoyen de la même patrie que son père. La loi française de 1874, a consacré de nouveau, en le modifiant seulement, le principe consacré par la loi des 22-29 janvier et 7-12 février 1851, qui avait reproduit en partie les traditions de l'an-

cienne législation,qui déclarait Français de plein droit tout individu né en France.[1] Par conséquent, on peut invoquer en ce qui concerne cette loi les arguments exposés plus haut.

Nous avons dit dans la règle *d* formulée plus haut, que la qualité originaire de citoyen doit être considérée comme perdue, quand d'après les principes du droit international quelqu'un en a acquis légalement une nouvelle.

La règle que nous avons posée trouverait son application, lorsqu'aux termes de la loi de la patrie, la qualité de citoyen serait imposée à la personne d'une façon permanente, de façon à rendre inefficace le droit pour l'homme de se choisir une patrie d'élection. Supposons,par exemple, que la loi qui a précédé dans le canton de Genève, la loi fédérale de 1886 sur l'acquisition et la perte de la qualité de citoyen soit encore en vigueur. Comme le disait le tribunal civil de Genève dans son jugement du 28 décembre 1879 : « Il était « de principe en droit public genévois que la qualité de « Genévois, fixée sur la tête d'un enfant au moment de sa « naissance, était indélébile ; qu'elle ne pouvait se perdre « ni par l'acquisition d'une nationalité étrangère, ni même « par la renonciation qu'aurait déclaré vouloir y faire le ci-

[1] Avant 1789, tout individu né en France était considéré comme Français et sujet du roi. Bacquet, *Droit d'aubaine*, IVe partie, Ch. XXXIII ; Domat, *Droit public*, liv. I, tit. VI, no 5. Ce principe fut conservé dans les constitutions postérieures à 1789, *constitutions* de 1790, 1791, 1793, 1795 et du 22 frimaire an VIII, articles 2, 3. Dans le Code civil français, au système qui attribuait la qualité de citoyen *jure soli*, on substitua celui qui l'attribue *jure sanguinis*. Toutefois, l'antique théorie traditionnelle ne disparut pas complètement dans le nouveau Code. Il suffit de se reporter à la règle de l'article 9, qui attribue à toute personne née en France d'un père étranger le droit de *réclamer* dans l'année de sa majorité la qualité de Français. En attribuant cette faculté de *réclamer la qualité de Français*, on admettait par là même un droit préexistant à la nationalité française en faveur du fils né en France même d'étrangers de passage. Ce fut là une transaction avec ceux qui soutenaient vivement le projet primitif rédigé par le Conseil d'Etat, qui proposait de reproduire dans le Code civil l'antique principe, que tout individu né en France était par cela seul de plein droit Français.

« toyen qui en était nanti... il était même absolument in-
« terdit au gouvernement et aux autorités de Genève de
« recevoir une telle renonciation. »[1]

Lorsqu'une telle loi ou toute autre du même genre serait encore en vigueur dans un pays, on ne pourrait nullement admettre que les tribunaux étrangers dussent la considérer comme efficace pour considérer la qualité originaire de citoyen comme conservée d'une façon permanente. Ils devraient, au contraire, regarder l'individu comme citoyen de sa patrie d'élection, et la loi de ce pays comme sa loi personnelle.

Supposons, pour mieux nous faire comprendre, qu'une femme américaine se soit mariée à un Français et que les tribunaux italiens soient saisis de la question de savoir si elle pourrait encore être considérée comme citoyenne des États-Unis d'Amérique. Aux termes de la loi française, elle aurait acquis la qualité de citoyen du pays du mari (art. 12, Code civ. français); mais on ne pourrait pas de même soutenir qu'elle aurait perdu la qualité de citoyen des États-Unis, parce que dans les lois américaines se trouve consacré le principe que l'étrangère qui épouse un Américain devient Américaine, mais non le principe réciproque que l'Américaine qui épouse un étranger devient étrangère.[2] Cette règle a été, il est vrai, adoptée par la jurisprudence la plus récente, mais on ne peut soutenir qu'elle soit fondée sur aucun texte de loi.

Or, si dans notre espèce l'Américaine voulait soutenir devant les tribunaux italiens que, bien que mariée à un Français, elle devrait être réputée citoyenne des États-Unis, et que, par conséquent, son statut personnel devrait être la loi

[1] *Constitution genévoise* de 1794 revisée en 1796, tit. II, art. 5; Lehr, *Revue de droit international*, T. XII, p. 312.

[2] Voir la loi fédérale de 1855 qui dispose uniquement sur l'étrangère qui épouse un Américain. Il en était de même en Angleterre jusqu'en 1870, époque où fut modifiée la législation dont s'agit par le statut 7 et 8 *Victoria*, ch. LXVI. Compar. Kelly, *Des effets du mariage sur la nationalité dans les Etats-Unis d'Amérique*, dans le *Journal de droit international privé*, 1884, p. 162.

américaine, en disant à l'appui de ses prétentions que, d'après sa loi nationale, la femme ne perd pas sa qualité de citoyen en épousant un étranger, nos tribunaux devraient rejeter cette prétention et considérer cette femme comme Française, parce que dans le conflit entre les deux législations, ils devraient appliquer de préférence celle qui est plus conforme aux principes du droit international, et que, suivant ces principes, il est incontestable que la loi qui régit la famille, laquelle se constitue par le mariage, doit être unique, et unique la qualité de citoyen de l'homme et de la femme qui s'unissent par le mariage, cela étant indispensable à l'unité et à la communauté de vie résultant du mariage.

348. — Tout ce que nous venons de dire nous semble suffisant pour déterminer la qualité de citoyen de chacun et pour résoudre les conflits entre les lois qui en règlent l'acquisition et la perte. Or, nous devons examiner quels sont les droits qui dérivent de l'acquisition de la nouvelle qualité et de la perte de la qualité originaire de citoyen.

Cette question peut être posée et discutée au point de vue de la loi de chaque État et au point de vue du droit international. Il est sans intérêt pour nous de discuter la question au premier point de vue, car nous devrions sortir du champ de nos recherches. En principe, il faut admettre que l'on doit décider d'après la loi de chaque pays, si les étrangers qui acquièrent la qualité de citoyen peuvent jouir de tous les droits civils et politiques à l'égal de ceux qui sont nés de plein droit citoyens de l'État, et si la jouissance de ces droits relativement à eux doit être admise à compter seulement du jour où ont été accomplies toutes les formalités requises par la loi pour l'acquisition de la qualité de citoyen, de façon à refuser tout effet rétroactif à la qualité de citoyen lorsqu'elle est définitivement acquise.

Le législateur italien a consacré cette règle dans l'article 15 du Code civil, qui dispose que l'acquisition et le recouvre-

ment de la qualité de citoyen n'a d'effet que du jour qui suit celui où ont été remplies les conditions et les formalités établies par la loi. Ce principe est aussi implicitement admis dans le Code civil français (art. 20). De toute façon, il appartient aux civilistes d'examiner quelles sont les conséquences de l'acquisition et de la perte de la qualité de citoyen relativement à la jouissance des droits civils d'après la loi de l'État auquel l'individu appartenait ou a commencé à appartenir.

349. — Nous n'avons à examiner et à discuter la question qu'au seul point de vue du droit civil international. D'après les principes de ce droit, ainsi que nous l'avons dit plus haut, la loi personnelle de chacun dépend de la qualité de citoyen, en ce sens que l'état et la capacité juridiques et les droits qui dérivent des rapports de famille doivent être réglés par les lois de l'État dont la personne est citoyen. Or, il résulte de ce principe que le changement de qualité de citoyen doit avoir pour conséquence le changement de statut personnel. En admettant comme un des droits du citoyen celui de demander partout l'application de la loi de l'État auquel il appartient, dans tous les cas où, d'après les principes généraux et les lois positives, il doit être réputé soumis à cette loi, il est naturel que le changement de la qualité de citoyen d'un individu doive avoir pour conséquence nécessaire le changement de la loi à laquelle il doit être soumis.

Mais quelles seraient les conséquences du changement de l'état personnel relativement aux droits qui appartiennent à la personne ? En admettant comme règle que l'acquisition de la nouvelle qualité de citoyen ne puisse pas avoir d'effet rétroactif, qu'adviendra-t-il des droits acquis par la personne sous l'empire du premier statut personnel ? Si quelques-uns d'entre eux doivent être réputés encore sous l'empire de l'ancienne loi, comment devront-ils être régis par le statut dépendant de la nouvelle qualité de citoyen ?

Questions graves et compliquées.

En général, on peut dire que les droits acquis par la personne aux termes du statut personnel de sa patrie d'origine doivent être respectés et reconnus, même pour ce qui concerne les effets juridiques qui en dérivent, à moins que de la reconnaissance de ces droits ou des conséquences qu'on en voudrait faire découler il ne résulte une atteinte au droit public ou aux principes d'ordre public en vigueur dans l'État dont la personne est devenue citoyen.

350. — Pour l'application exacte et sûre de cette règle, il faut avant tout déterminer quels droits appartenant à la personne peuvent être considérés comme des droits acquis. Il nous semble que ne peuvent être réputés tels que les droits parfaits, c'est-à-dire ceux qui doivent être considérés comme nés sous l'empire du premier statut personnel, par suite de l'entière réalisation de toutes les circonstances propres d'après ce statut à attribuer un droit certain à la personne avant qu'elle n'ait acquis une nouvelle qualité de citoyen.

On ne saurait dire la même chose des droits qui ne sont pas intégralement acquis, mais qui peuvent être acquis en exerçant la liberté civile d'après la loi. En effet, les règles d'après lesquelles la personne peut exercer sa liberté civile se trouvent également modifiées par suite du changement de loi personnelle. Par conséquent, l'individu qui aurait cessé d'appartenir à un État et qui serait devenu citoyen d'un autre État devrait être soumis à la loi de sa patrie d'élection pour tout ce qui pourrait concerner la jouissance et l'exercice de ses droits et le développement ultérieur de sa liberté civile.

La loi de l'ancienne patrie qui a réglé *ab initio* l'exercice de ces droits, ne pourrait être utilement invoquée par la personne qui prétendrait continuer dans sa patrie d'élection à posséder la jouissance et l'exercice des droits d'après les mêmes règles juridiques. En effet, tout individu devant

exercer sa liberté civile d'après la loi à laquelle il est soumis, il est naturel que celui qui a changé volontairement sa qualité de citoyen ne puisse pas méconnaître l'autorité de la loi de sa nouvelle patrie pour ce qui concerne l'acquisition des droits et l'exercice des facultés légales.

Il résulte de ces principes que l'état de la personne, quand il a été légalement acquis aux termes de la loi de l'ancienne patrie, par suite du concours de toutes les circonstances requises par cette loi, avant que la personne n'ait perdu sa qualité de citoyen, devrait être regardé comme légalement constitué et ne pourrait pas, en principe, être méconnu, malgré la contradiction des dispositions de la loi de la nouvelle patrie quant à l'attribution de cet état, parce qu'il devrait être considéré comme un droit parfait et acquis. Comme le nouvel état personnel déterminé par la nouvelle qualité de citoyen ne pourrait avoir d'effet rétroactif, on ne devrait pas admettre que celui qui aurait acquis l'état d'époux, celui de père ou de fils légitime, celui de fils naturel ou adoptif pourrait le perdre par suite du changement de qualité de citoyen.

351. — On doit néanmoins faire à cette règle l'exception générale, que la reconnaissance de l'état déjà acquis dans son ancienne patrie par celui qui acquiert une nouvelle qualité de citoyen ne porte aucune atteinte aux principes d'ordre public et de droit public en vigueur dans la patrie d'élection.

Supposons, par exemple, qu'un étranger appartenant à un pays admettant la polygamie ait épousé plusieurs femmes avant d'avoir acquis la qualité de citoyen en Italie, ou en France, ou dans tout autre État où la polygamie est interdite. Cela ne pourrait pas avoir lieu en vertu de la naturalisation, parce que certainement ni l'Italie, ni la France ne l'accorderaient à un étranger polygame. Il pourrait, toutefois, arriver que cet individu acquît la qualité de citoyen parce qu'il se trouverait dans les circonstances favorables

dans lesquelles, aux termes de la loi, l'acquisition de la qualité de citoyen est possible sans qu'il soit besoin de la naturalisation. Les femmes qui, dans cette espèce, avaient, d'après le statut personnel de leur première patrie l'état légal d'épouses, ne pourraient pas prétendre être reconnues comme telles dans leur nouvelle patrie, pour le motif que l'état d'épouse aurait été acquis par chacune d'elles avant que le mari ne fût devenu citoyen de l'État qui interdit la polygamie et que, l'acquisition de la qualité de citoyen ne pouvant avoir d'effet rétroactif, on ne pourrait pas méconnaître un fait antérieur et légal d'après le statut personnel qui régissait leurs rapports avec leur mari au moment où ces rapports auraient été créés.

Il nous semble que de telles prétentions devraient être rejetées, parce que le statut qui aurait fixé *ab initio* les rapports de famille ne pourrait pas être reconnu sans porter atteinte au sens moral et à l'ordre public, atteinte qui résulterait évidemment de ce que l'on considérerait comme statut légal un fait que laloi qualifie crime.La modification de statut serait, du reste, la conséquence du fait volontaire de celui qui aurait acquis la qualité de citoyen et il ne pourrait pas se plaindre de ce que le changement de patrie aurait pour résultat de modifier ses rapports de famille.

Le principe que nous avons posé peut dès lors seulement être applicable dans l'hypothèse où l'état acquis d'après l'ancien statut personnel serait compatible avec les lois en vigueur dans la patrie d'élection.

Aux termes du Code civil en vigueur en France et en Belgique, par exemple, l'adoption d'un fils naturel n'est pas prohibée comme elle l'est par le législateur italien (art. 205 C. civ. ital.). Les auteurs, il est vrai, ont soutenu que l'adoption du fils naturel ne devrait pas être permise d'après l'esprit de la loi française,[1] et cette opinion avait été consacrée par la Cour de cassation ;[2] mais la jurisprudence la

[1] Demolombe, *Droit civil*, T. IV, n° 52 ; Dalloz, V° *Adoption*, n° 1160.
[2] Cass. française, 16 mars 1843.

plus récente des Cours aussi bien françaises que belges a considéré comme valable l'adoption du fils naturel.[1] Or, supposons que le fils naturel d'un Français ou d'un Belge reconnu par son père soit ensuite adopté par lui, cette adoption serait valable d'après son statut personnel. A supposer que le père de ce fils naturel devînt italien, le fils ne perdrait pas sa qualité de fils adoptif malgré la prohibition de notre loi d'adopter le fils naturel. L'état de fils adoptif en tant que fait juridique devenu parfait sous l'empire de la loi de sa patrie primitive, ne pourrait pas être méconnu, sans donner à la qualité de citoyen un effet rétroactif.

Pour la même raison, l'individu qui aurait été déclaré fils naturel en vertu des recherches de la paternité et de la sentence judiciaire des tribunaux compétents aux termes de sa loi personnelle, ne pourrait pas perdre sa qualité de fils naturel, s'il acquérait la qualité de citoyen en Italie ou en France, où la loi ne permet pas en principe d'établir légalement l'état de filiation naturelle au moyen d'une preuve ainsi administrée. On pourrait dire la même chose du fils adultérin, qui aurait été légalement reconnu aux termes de la loi de sa patrie d'origine.

352. — On devrait seulement admettre que les droits et les conséquences juridiques qui dérivent du statut personnel devraient être régis par la loi de la patrie d'élection, et cela par suite de la considération que ces droits et ces conséquences ne peuvent pas être regardés comme des droits acquis, comme tels soumis au statut personnel primitif. On devrait, au contraire, admettre que ces droits et ces conséquences juridiques de l'état personnel devraient être régis par la loi de la nouvelle patrie et que, par conséquent, on ne pourrait pas admettre ce qui serait contraire au droit public ou aux principes d'ordre public et aux bonnes mœurs en vigueur dans la patrie d'élection. Ainsi, par exemple, le fils adulté-

[1] Laurent, *Droit civil*, T. IV, p. 287.

rin qui aurait été reconnu légalement aux termes de son état personnel primitif et qui voudrait invoquer la loi de son ancienne patrie pour établir sa condition juridique de fils naturel reconnu et pour en déduire la possession des droits que notre loi attribue au fils naturel dans la succession paternelle, ne pourrait pas efficacement soutenir cette prétention, parce que, si on l'admettait, il en résulterait une véritable violation des principes d'ordre public en vigueur dans notre pays, et d'après lesquels il est interdit d'accorder tout droit successif au fils adultérin.

353. — Dans le même ordre d'idées, on doit aussi admettre que l'individu qui serait devenu majeur à 21 ans et qui aurait acquis la qualité de citoyen dans un pays où la majorité serait fixée à 24 ans, ne pourrait y devenir majeur qu'à l'âge établi par la loi de sa nouvelle patrie. Bien plus, nous pensons que l'individu majeur à 21 ans qui acquerrait volontairement la qualité de citoyen dans un pays où la loi exigerait un âge supérieur pour la majorité, devrait redevenir mineur jusqu'au jour où il aurait atteint l'âge fixé par la loi de sa patrie d'élection. Nous disons cela, parce que, d'une part, la loi de l'État qui établit l'égalité de condition juridique entre les citoyens quant à l'époque de la majorité doit être considérée comme d'ordre public, et que, d'autre part, le changement d'état qui serait la conséquence du changement de qualité de citoyen, ne pourrait pas être considéré comme onéreux pour la personne, parce qu'il serait la conséquence d'un fait volontaire.

Pour ce qui concerne les restrictions imposées par la loi à la capacité de certaines personnes qui se trouvent soumises à la puissance et à l'autorité de certaines autres, il est naturel d'admettre qu'elles doivent être régies par la loi de la nouvelle patrie, parce qu'elles ne constituent certainement pas un droit acquis pour les personnes. Par conséquent, la capacité de la femme mariée devrait être régie par la loi de la nouvelle patrie ; cette loi devrait aussi servir à

déterminer tous les droits accessoires qui dérivent de la puissance paternelle et de la puissance maritale, ce qui tend à confirmer ce que nous avons dit plus haut, que l'acquisition de la nouvelle qualité de citoyen devrait toujours dépendre du fait volontaire et individuel, de manière à éviter le grave inconvénient, que la personne, à laquelle serait nécessairement imposée la perte de son ancienne qualité de citoyen et l'acquisition de la nouvelle, subît une limitation de capacité à son insu et contre sa volonté explicite ou présumée.

354. — La qualité de citoyen, de même que tout autre fait juridique, doit être prouvée, et il incombe à celui qui a intérêt à établir que la qualité de citoyen d'un État donné doit lui être attribuée d'en administrer la preuve. Cette preuve doit être faite en conformité de la loi du pays où l'intéressé prétend avoir acquis la qualité de citoyen, quand il s'agit d'en établir l'acquisition, et selon la loi du pays auquel appartenait originairement l'individu, quand il s'agit d'en établir la perte.

L'appréciation des preuves appartient au tribunal saisi de l'affaire. En général, on doit admettre que la présomption naturelle doit être, que toute personne a une patrie et que la perte de la qualité de citoyen de la patrie d'origine ne doit être considérée comme un fait juridique parfait et accompli, que lorsqu'on a prouvé qu'on a acquis une nouvelle qualité de citoyen. Par conséquent, on devrait en principe rejeter la preuve tendant à établir qu'une personne est sans qualité de citoyen, parce qu'un tel fait doit être considéré comme anormal, car on ne peut admettre l'homme sans qualité de citoyen comme une institution de droit international.

CHAPITRE IV

DE LA NATURALISATION.

355. Notions générales et division de la question.

355. — La naturalisation consiste dans le fait juridique, en vertu duquel celui qui n'est pas citoyen de l'État le devient et obtient ainsi la faculté de jouir des mêmes droits et des mêmes privilèges que les citoyens auxquels ces droits et privilèges sont attribués par la loi de l'État.

En principe, la naturalisation est *personnelle* ; elle n'est, en effet, accordée qu'à celui qui l'a sollicitée, à supposer toutefois qu'il ait la capacité requise à ce sujet par la loi. On admet cependant que dans certains cas la naturalisation peut être *collective*, et cela se produit lorsqu'elle n'est pas limitée aux personnes prises individuellement, mais s'étend à toutes celles qui suivent la condition d'un territoire qui est cédé ou annexé à un État. Cela peut arriver, soit à la suite d'une cession volontaire, soit à la suite de la conquête, qui font que tous les habitants du territoire, qui se trouvent dans les circonstances particulières que nous exposerons par la suite, cessent d'être citoyens d'un État pour devenir citoyens d'un autre État.

Nous parlerons au cours de deux paragraphes distincts de la naturalisation *individuelle* et de la naturalisation *collective*.

§ I.

De la naturalisation ordinaire.

356. La naturalisation individuelle est réglée par la loi interne. — 357 Lois en vigueur en Italie. — 358. Condition juridique de l'étranger qui obtient la naturalité italienne par décret royal. — 359. Loi française. — 360. Lois en vigueur en Grande-Bretagne. — 361. En Autriche. — 362. États où la naturalisation est de la compétence du pouvoir exécutif. — 363. Loi en vigueur en Suisse. — 364. États où elle est de la compétence du pouvoir législatif. — 365. A quel point de vue doit-on appliquer la loi interne de chaque État et à quel point de vue doit-on appliquer le droit international. — 366. Du droit de changer de patrie. — 367. États qui le méconnaissent. — 368. États qui l'admettent sous certaines restrictions. — 369. Conflits résultant de la diversité des lois et nécessité d'un traité international pour les faire disparaître. — 370. Une loi qui nie le droit de changer de patrie ne doit avoir aucune autorité exterritoriale. — 371. La naturalisation obtenue à l'étranger doit faire perdre en principe la qualité originaire de citoyen. — 372. Comment cette loi doit être restreinte dans de justes limites et subordonnée à la condition de la capacité d'après la loi personnelle. — 373. La femme mariée et légalement séparée ne peut pas se faire naturaliser à l'étranger sans y être autorisée. — 374. L'autonomie des souverainetés ne peut pas avoir pour effet d'attribuer à chacune le droit d'accorder valablement la naturalisation à un incapable. — 375. Les controverses relatives à la naturalisation ne peuvent pas toujours se résoudre d'après la loi interne. — 376. Un mineur émancipé peut-il être réputé capable de se faire naturaliser à l'étranger. — 377. Notre opinion. — 378. Des effets de la naturalisation et de la loi qui doit les régler. — 379. Les règles qui concernent la naturalisation proprement dite ne peuvent pas s'appliquer à l'individu qui, d'après la loi anglaise, est qualifié *denizen*. — 380. Le *denizen* ne saurait être assimilé au citoyen, et sa condition est substantiellement différente de celle du naturalisé. — 381. La bourgeoisie et les autres qualifications analogues n'équivalent pas à la naturalisation.

356. — La naturalisation individuelle proprement dite est un acte qui s'accomplit avec l'intervention de l'autorité publique, en remplissant les formes établies par la loi interne de chaque pays, en vertu desquelles un étranger

est admis dans l'association formée par les citoyens de l'État avec la faculté de jouir des droits qui leur sont attribués par la loi positive, et avec l'obligation de supporter les charges qui leur sont imposées.

La loi en vigueur dans chaque pays détermine les formalités requises pour obtenir la naturalisation; les conditions auxquelles elle doit être en principe subordonnée : ainsi que les conséquences juridiques qui en dérivent. Il n'existe pas à ce sujet d'uniformité parfaite entre les lois des divers pays, comme en ce qui concerne l'action du pouvoir public, qui est reconnue indispensable par chacune de ces lois pour obtenir la naturalisation. Il est vrai que d'après certaines législations, l'intervention du pouvoir législatif est nécessaire, tandis que d'après d'autres, cette matière rentre dans les attributions du pouvoir exécutif, qui est aussi chargé du soin de régler la naturalisation collective en cas d'annexion ou de séparation d'une partie du territoire.

A vrai dire, le pouvoir législatif intervient toujours lorsqu'il s'agit de la qualité de citoyen, soit quand il reconnaît et déclare quelles sont les personnes auxquelles elle doit être attribuée de plein droit, soit quand il établit et détermine les circonstances, dont résulte comme conséquence l'acquisition de cette qualité. Dans les cas ordinaires, le pouvoir législatif intervient, comme à l'égard de tout rapport juridique ou de tout droit appartenant aux personnes : il lui incombe, en effet, de déclarer et de reconnaître chacun de ces droits et de déterminer les modes légitimes pour les acquérir. Quand, au contraire, la naturalisation doit être accordée par la loi, il est nécessaire que le pouvoir législatif intervienne pour l'accorder par une loi spéciale à l'individu qui l'a sollicitée.

357. — D'après la loi en vigueur en Italie, on admet deux formes de naturalisation, une qui est accordée par le pou-

voir législatif par une loi spéciale, l'autre qui est consentie par le roi par décret. La différence entre l'un et l'autre consiste en ce que la naturalisation accordée par une loi confère à l'étranger tous les droits politiques, sans aucune exception, tandis que celle concédée par décret royal lui confère tous les droits politiques ou publics à l'exception de l'électorat politique et du droit d'être juré.

Aux termes de l'article 10 du Code civil, qui régit cette matière, le décret royal ne devient efficace pour attribuer à l'étranger les droits de naturalisation, que lorsque celui-ci a été inscrit par l'officier de l'état civil du lieu où il entend établir ou a établi son domicile, et que lorsqu'il a prêté serment devant ce même officier d'être fidèle au roi et d'observer le statut et les lois du royaume. La transcription du décret doit être opérée dans les six mois de sa date sous peine de déchéance. Comme conséquence de cette disposition, la transcription du décret doit être considérée comme imposée à l'étranger sous condition résolutoire ; et comme le décret du 15 novembre 1865 sur l'organisation de l'état civil dispose, dans les articles 50 et 51, que l'officier de l'état civil, avant de transcrire le décret accordant la qualité de citoyen, doit recevoir le serment de l'étranger, en observant les rites spéciaux de la religion qu'il professe et qu'il doit refuser de transcrire le décret et de recevoir le serment s'il s'est écoulé six mois depuis la date de celui-ci, il est clair que pour acquérir définitivement la qualité de citoyen, il est indispensable d'accomplir les formalités du serment et de la transcription du décret dans les six mois de sa date. On peut seulement soutenir que le terme de six mois n'est pas péremptoire pour ce qui concerne la fixation effective du domicile dans le royaume. En effet, le législateur ayant disposé que le décret doit être transcrit là où l'étranger a fixé ou entend fixer son domicile, on doit considérer comme suffisant que l'étranger ait manifesté son intention sur le lieu où il entend fixer son domicile, pour pouvoir y obtenir dans les six mois la transcription du décret après serment préalable, sans qu'on doive

considérer comme indispensable qu'il ait fixé effectivement son domicile dans le même terme, car on ne saurait lui refuser de remplir cette condition après l'enregistrement du décret.

La concession de la naturalité par décret n'est, aux termes de la loi italienne, subordonnée à aucune condition de longue résidence ou de services rendus au pays, ni à aucune autre condition analogue. C'est, au contraire, un acte politique dépendant complètement du pouvoir discrétionnaire du roi, et les formes de la demande ont été tracées par une circulaire du ministre de l'intérieur du 31 mars 1881.

358. — La condition juridique de l'étranger qui a obtenu la naturalisation par décret est d'être assimilé en tous points aux citoyens, même pour la jouissance des droits politiques, à l'exception de ceux pour l'obtention desquels la naturalisation législative est requise, et qui sont, ainsi que nous l'avons dit plus haut, l'électorat politique et le droit d'être juré. Notre législation a véritablement assimilé l'étranger au citoyen par la jouissance des droits civils (art. 3 code civ. italien); mais il n'a pas néanmoins, par cette disposition libérale, rendu complètement semblable la condition de l'un et de l'autre. Une différence substantielle relative à la jouissance des mêmes droits civils consiste en ce que l'étranger, devant posséder l'exercice et la jouissance des droits qui lui appartiennent d'après sa loi personnelle, peut en jouir sans subir aucune restriction à raison de sa qualité d'étranger, mais toujours dans les limites et d'après les règles établies par la loi de l'Etat dont il est citoyen. L'étranger naturalisé par décret serait, au contraire, soumis à notre loi, qui devrait déterminer sa condition juridique et tout ce qui concerne son état, sa capacité personnelle et les droits dérivant des rapports de famille, à partir du moment où le décret royal serait devenu effictif.

Il y a en outre certains droits qui ne pourraient pas rigoureusement être compris parmi les droits politiques,

mais dont la jouissance ne peut pas néanmoins être attribuée aux étrangers. Tels sont, par exemple l'éligibilité aux fonctions de conseiller municipal ou de syndic (maire), et tous les autres droits pour la jouissance desquels la qualité de citoyen est indispensable, comme le droit d'être propriétaire unique d'un navire de la marine marchande italienne. Or, la naturalisation par décret royal attribue à l'étranger tous les droits politiques et civils, sauf la seule restriction précédemment indiquée.

Nous dirons finalement que les individus qui appartiennent à une des provinces, qui doivent être réputées italiennes en vertu du principe de nationalité, mais qui ne sont pas encore annexées au royaume d'Italie, peuvent, lorsqu'ils ont obtenu la naturalisation par décret royal, faire partie des électeurs, aux termes de la loi politique du 24 septembre 1882.

359.— Les règles consacrées par les lois des autres Etats sont diverses. Les unes attribuent au pouvoir exécutif la faculté d'accorder la naturalisation. C'est ce qui a lieu en France, où la matière, après différentes lois antérieures, est régie par la loi des 13-21 novembre — 3 décembre 1849, modifiée par celle des 29 juin — 5 juillet 1867, et complétée par les décrets du 12 septembre, du 20 octobre et du 19 novembre 1870.

La loi de 1867 dispose que l'étranger qui, après 21 ans accomplis, a, conformément à l'article 13 du code civil, obtenu l'autorisation d'établir son domicile en France, et y a résidé trois années, peut obtenir la naturalisation par décret, à la suite du rapport du ministre de la justice et de l'avis du Conseil d'Etat. Le délai de trois ans peut être réduit à un an en faveur des étrangers qui ont rendu des services importants à la France, ou qui y ont introduit une industrie ou des inventions utiles, ou bien qui y ont fondé de grands établissements ou de grandes agences agricoles. Cette loi dispose en outre, que l'on doit assimiler à la rési-

dence en France le séjour en pays étranger pour y exercer une fonction conférée par le gouvernement français. Elle abroge en outre, l'article 5 de la loi de 1849, qui exigeait la grande naturalisation pour l'éligibilité à l'assemblée nationale et écarte ainsi toute controverse relative aux effets de la grande et de la petite naturalisation, en conférant à l'étranger naturalisé la pleine jouissance de tous les droits politiques.

Le décret du 12 septembre 1870 a étendu la compétence du pouvoir exécutif, en accordant au ministre de la justice la faculté de statuer sur les demandes de naturalisation sans besoin de l'avis du Conseil d'Etat. Finalement, les décrets du 26 octobre et du 16 novembre ont dispensé de l'obligation de la résidence d'une année dans l'Etat les étrangers qui auraient rendu des services à la France en prenant part à la guerre pour sa défense, et les ont admis à demander et à obtenir la naturalisation aussitôt après avoir été autorisés à établir leur domicile en France, sauf toutefois l'enquête sur leur moralité, telle qu'elle est prescrite par la loi de 1867.

360. — En Angleterre, la loi de 1870, qui a modifié les règles sur l'acquisition et la perte de la qualité de citoyen anglais, a aussi modifié celles précédemment en vigueur relativement à la naturalisation. Aux termes de cette loi, le secrétaire d'État est compétent pour statuer sur la demande de naturalisation et pour accorder ou refuser le certificat de naturalisation. Pour pouvoir l'obtenir, il faut que l'étranger ait, sur une période de 8 années, résidé pendant cinq ans dans le Royaume-Uni de la Grande-Bretagne, ou qu'il ait servi la couronne pendant un espace de temps égal, en manifestant l'intention de résider dans le Royaume-Uni ou de servir la couronne.

Le certificat de naturalisation n'a d'effet qu'après la prestation de serment. L'étranger naturalisé qui a prêté serment jouit de tous les droits civils et politiques attribués au ci-

toyen britannique, à la condition toutefois que la naturalisation soit reconnue dans sa patrie d'origine s'il y va demeurer.[1]

Une autre disposition très importante, que nous trouvons dans la loi anglaise de 1870, est celle relative à la naturalisation obtenue par un citoyen britannique en pays étranger. Cette naturalisation fait perdre la nationalité britannique et celui qui, après l'avoir perdue, voudrait l'acquérir de nouveau pourrait le faire au moyen d'une déclaration ; mais s'il continuait à résider dans sa patrie d'adoption, sa déclaration n'aurait d'effet que, lorsqu'aux termes des traités ou de la loi du pays où il aurait obtenu la naturalisation, il cesserait d'être considéré comme citoyen de ce pays.

Nous devons ajouter que la naturalisation obtenue dans le Royaume-Uni de Grande-Bretagne n'étend pas ses effets aux possessions et aux colonies anglaises. La naturalisation dans les limites du territoire de ces possessions peut être accordée par une loi ou une ordonnance conformément à la législation en vigueur dans chaque possession, mais elle est subordonnée à la ratification de la Reine.

Outre la naturalisation proprement dite, on admet toujours en Grande-Bretagne une sorte de naturalisation imparfaite dénommée *dénization*. L'étranger *denizen* n'acquiert pas la jouissance des droits politiques, mais seulement celle de tous les droits civils sans aucune restriction au même titre que les citoyens originaires. Cette forme de naturalisation était très utile, lorsque l'étranger ne pouvait pas jouir en Grande-Bretagne des droits civils à l'égal du citoyen, no-

[1] Parmi les droits politiques attribués au naturalisé aux termes de la loi de 1870, il semble que se trouve compris celui d'être membre du Parlement et du Conseil privé de la Reine. D'après la loi antérieure, pour jouir de ces droits, on exigeait que la naturalisation eût été accordée par acte du Parlement. Certains auteurs ont soutenu que la naturalisation par voie légale subsiste encore et qu'elle seule confère le droit d'être membre du Parlement et du Conseil privé de la Reine (Cutler, *Law of naturalisation*, p. 26 ; Gogordan, *La nationalité*, p. 181, note). Toutefois Weslake soutient l'opinion contraire (*Revue de Droit international*, 1871, p. 603).

tamment pour acquérir des immeubles, hériter et disposer par testament. Dans ces derniers temps l'utilité de la *dénization* a été beaucoup diminuée à la suite de la loi de 1870 qui a accordé à l'étranger l'exercice et la jouissance des droits de propriété.

361. — De même en Autriche, l'intervention du pouvoir législatif n'est pas exigée pour la naturalisation des étrangers. Depuis 1867, on y admet deux qualités de citoyen : celle de citoyen autrichien, qui est celle de tous les pays qui sont représentés au Reichsrath, et celle de citoyen hongrois, qui appartient à tous les citoyens de la Hongrie. La naturalisation est cependant soumise aux mêmes conditions et formalités dans ces deux parties de l'État austro-hongrois. L'étranger qui veut l'obtenir doit avoir fixé son domicile dans l'un des deux pays de l'Autriche ou de la Hongrie et y avoir résidé dix ans ; il doit faire sa demande aux autorités provinciales, qui peuvent lui accorder la naturalisation après s'être assuré de sa conduite, et il doit prêter serment au souverain comme empereur et roi de Hongrie.

Outre la naturalisation proprement dite, il existe, d'après la loi autrichienne, une condition juridique toute spéciale, celle qui dérive de l'indigénat, qui attribue à l'étranger la jouissance de certains droits sans l'assimiler complètement au citoyen.

362. — Il y a d'autres États où tout ce qui a rapport à la naturalisation est confié au pouvoir exécutif. En Russie, d'après la loi du 10 février 1864, elle est accordée par le ministre de l'intérieur sur la présentation de documents de nature à prouver l'existence des conditions requises par la loi. Il en est de même aux termes de la loi du 7 février 1868 en Suède et en Norwège ; au Portugal, où la faculté d'accueillir les demandes de naturalisation est attribuée au gouvernement (constitution, art. 75) ; en Grèce, où pour demander la naturalisation, on exige un séjour de deux ans pour les

individus de race hellénique et de trois ans pour les autres, et où, d'après la loi du 3 mars 1881, le roi peut l'accorder par décret, même avant l'expiration des termes légaux.

363. — En Suisse, la matière de la naturalisation a subi une modification importante depuis la loi fédérale du 3 juillet 1876. D'après le droit antérieur, la bourgeoisie acquise dans une commune et l'indigénat obtenu dans un des cantons étaient considérés comme suffisants pour la naturalisation. Au contraire, d'après la nouvelle loi, l'individu qui veut acquérir la nationalité suisse doit être autorisé par le Conseil fédéral à devenir citoyen d'un canton ou d'une commune. A la suite de cette autorisation, l'étranger peut être naturalisé conformément aux lois en vigueur dans chacun des cantons. Ainsi, sauf l'intervention du pouvoir fédéral, pour l'autorisation préliminaire, la naturalisation rentre dans le domaine des législations locales.

364. — D'après les lois en vigueur dans les autres États, la naturalisation est de la compétence exclusive du pouvoir législatif. C'est ce qui a lieu en Belgique, où l'on admet la grande et la petite naturalisation. La première est accordée seulement pour des services personnels, la seconde est accordée après cinq ans de résidence et n'attribue que la jouissance complète de tous les droits civils et de certains droits réservés aux citoyens, elle ne confère au naturalisé ni le droit d'être électeur, ni celui d'être ministre, ni l'éligibilité au Sénat ou à la Chambre des députés.

De même, aux Pays-Bas, d'après la loi du 28 juillet 1850, la qualité de citoyen néerlandais peut être conférée par une loi aux étrangers majeurs. Ceux qui veulent être naturalisés doivent avoir demeuré dans le pays plus de six ans, et peuvent être exonérés de cette obligation quand ils ont rendu des services importants au pays.

Nous n'entrerons pas dans d'autres détails pour exposer les lois en vigueur dans les différents pays et les conditions

requises aux termes de chacune d'elles pour obtenir la naturalisation. En effet, nous considérons comme suffisant ce que nous avons dit, pour faire connaître le caractère général des lois, qui se distinguent les unes des autres par les conditions plus ou moins difficiles, auxquelles elles subordonnent la concession de la naturalisation, et par la compétence du pouvoir auquel il appartient de l'accorder.

365. — Aux termes des principes du droit, cette matière étant l'une de celles où l'on doit reconnaître l'autonomie de chaque pouvoir souverain pour la règler, il est clair que lorsqu'il s'agit de résoudre une question de naturalisation par rapport au droit interne, il faut s'en référer à la loi de chaque État, et décider d'après cette loi quand l'étranger doit être réputé naturalisé et quelles sont les conditions indispensables pour que la concession de naturalisation puisse être réputée effective.

On ne peut pas décider de même lorsqu'il s'agit de résoudre une question de naturalisation d'après le droit international. La loi interne d'un État ne peut certes pas avoir d'autorité exterritoriale en tant qu'elle règle la naturalisation contrairement aux principes du droit international. Il appartient indubitablement à chaque souveraineté d'établir législativement les règles de la naturalisation des étrangers et de l'expatriation des citoyens. Toutefois, comme chaque souveraineté doit exercer ses droits en harmonie avec les principes supérieurs du droit international, il faut admettre que les lois qui émanent d'elle et qui sont contraires au droit international doivent être réputées sans valeur dans les rapports internationaux.

Nous allons maintenant exposer sommairement ces principes qui devraient être respectés par chaque législateur.

366. — Un des principaux est celui en vertu duquel chaque personne a la faculté d'appartenir librement à telle ou telle communauté politique, et dont dérive le droit de

pouvoir librement rester citoyen de son pays d'origine et de changer de patrie en se faisant naturaliser à l'étranger.

Cette faculté est généralement reconnue à notre époque. Peu de législations, en effet, méconnaissent le droit de s'expatrier librement et d'acquérir la naturalisation dans un autre État. La grande majorité des lois admet, en principe, ce droit et le soumet seulement à certaines restrictions motivées par l'intérêt social.

367. — D'après l'article 7 de la Constitution du Vénézuéla, les personnes qui fixent leur domicile en pays étranger et qui acquièrent la naturalisation, ne perdent pas par ce fait leur caractère de Vénézuélais.

En Suisse, aux termes de la loi fédérale du 3 juillet 1876 relative à la nationalité, on admet que le citoyen suisse peut renoncer à sa nationalité, quand il a acquis la qualité de citoyen d'un État étranger pour lui, sa femme et ses fils mineurs. [1]

Toutefois, le Suisse ne peut acquérir valablement la qualité de citoyen à l'étranger, s'il n'a pas d'abord renoncé à la nationalité suisse, en en faisant la déclaration écrite avec tous les documents justificatifs au gouvernement cantonal et si le droit de renoncer à la qualité de citoyen suisse n'est pas contesté. En cas de contestation de ce droit, le juge compétent pour statuer sur ce point est le tribunal fédéral. [2]

A supposer que toutes les conditions aient été remplies, et qu'il n'y ait pas d'opposition ou que l'opposition ait été rejetée par le juge compétent, l'autorité cantonale peut déclarer l'intéressé libre des liens de nationalité cantonale. Cette libération, qui emporte la perte de la qualité de citoyen suisse, a effet à partir du jour de la remise au requérant de l'acte de libération, et elle s'étend à la femme

[1] Art. 6, paragraphe *C*.
[2] Art. 7.

et aux fils mineurs, à supposer qu'ils vivent avec le chef de la famille et qu'il n'ait pas été fait d'exception formelle en ce qui les concerne.[1]

Il résulte de ces dispositions, que le fait par un Suisse d'avoir obtenu à l'étranger la naturalisation ne suffit pas par lui-même pour entraîner la perte de la nationalité suisse, ce résultat ne pouvant jamais être atteint que par la déclaration formelle de renonciation et par l'acte de libération ou manumission. Nous devons, toutefois, noter que le canton de Genève étant toujours régi par son ancienne législation, d'après laquelle le lien de nationalité est indélébile, et le droit de renoncer à la nationalité originaire devant toujours être apprécié par le gouvernement cantonal, il pourrait arriver que le Genévois naturalisé à l'étranger pût paraître se trouver dans l'impossibilité de rompre les liens qui l'attachent à son pays d'origine par suite de l'opposition du gouvernement cantonal. Néanmoins, il faut dire que le tribunal fédéral étant appelé à statuer définitivement lorsque le droit de se faire naturaliser à l'étranger est contesté,[2] l'opposition du gouvernement cantonal devrait être soumise à ce tribunal qui, pour rester fidèle à l'esprit de la loi fédérale, ne pourrait se dispenser de la rejeter, la nouvelle loi ayant abrogé toutes les lois cantonales qui lui sont contraires.[3]

368. — D'après les autres lois, le droit de changer librement de patrie est admis avec certaines restrictions. C'est ce qui a lieu, par exemple, aux termes de la loi du 5 juin 1870 promulguée pour la confédération germanique et étendue ensuite à tout l'empire. Cette loi reconnaît en principe que tout un chacun peut se faire naturaliser à l'étranger;

[1] Art. 8.
[2] Art. 61 à 63 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale du 27 juin 1874.
[3] Voir l'arrêt du tribunal fédéral dans l'affaire Gothney, 1er septembre 1877. *Journal du droit international privé,* 1878, p. 66, 67.

mais elle dispose que, pour rompre complètement les liens qui unissent à l'empire la personne qui veut s'expatrier, il est nécessaire qu'elle obtienne un certificat d'expatriation, qui doit toujours être délivré à toute personne qui le demande, pourvu qu'elle ait moins de 17 ans ou plus de 25 ans. Ceux qui se trouvent dans la période intermédiaire entre 17 et 25 ans peuvent aussi obtenir le certificat, s'ils prouvent qu'ils ne le demandent pas pour se soustraire au service militaire.

Cette même loi dispose que le gouvernement impérial se réserve le droit de déclarer l'expatriation non avenue, si celui qui l'avait obtenue revenait dans l'empire sans avoir acquis la qualité de citoyen d'un autre État, et que le gouvernement pourra l'expulser de l'empire où il est rentré avec la qualité d'étranger, s'il existe des motifs pour conseiller l'expulsion. [1]

[1] Aux termes de la loi allemande du 1er juin 1870, il y a deux sortes d'émigration. La première est l'émigration de fait *Auswanderung*, c'est-à-dire la simple expatriation sans autorisation, la seconde est celle qui a lieu avec l'autorisation de l'autorité compétente.

La première ne produit pas par elle-même la perte de la qualité de citoyen allemand : cette qualité peut seulement être perdue indirectement, c'est-à-dire à la suite du séjour de dix années continues en pays étranger (art. 13, nº 3 et art. 21). Cette période de temps peut exceptionnellement être réduite à cinq ans, si l'émigré a acquis dans l'intervalle une nouvelle qualité de citoyen (art. 20, 3e alinéa). Toutefois, cette disposition ne peut s'appliquer au citoyen allemand qu'à compter du jour où, d'après la loi de l'empire, il peut être considéré comme libéré du service militaire actif, c'est-à-dire à partir du jour où il a accompli sa 31e année. Celui qui, étant astreint au service militaire, émigre sans autorisation, est indiqué au commandement militaire, est considéré comme déserteur et condamné par défaut à une peine d'un mois à un an de prison et à l'amende, et, en outre, au sequestre de ses biens, qui est une peine facultative. Quand il rentre sur le territoire de l'empire, avant d'avoir accompli la prescription qui existe alors qu'il a atteint 36 ans, il est soumis à la loi militaire et est tenu d'accomplir le service militaire pendant un temps égal à son absence.

L'émigration autorisée *entlassung* produit par elle-même la perte de la nationalité allemande. Il appartient aux présidents des provinces, aux termes de la loi de 1870, de délivrer les permis d'émigration (entlassungschein).

De même, pour les Autrichiens, l'autorisation d'émigrer doit être requise et ne peut être refusée par l'autorité administrative ou par le ministre de l'intérieur qui sont appelés, suivant les cas, à la délivrer. Si toutefois le citoyen autrichien ou hongrois, à raison de son âge, faisait partie de l'armée active ou de la *landwehr*, il aurait besoin d'un permis spécial délivré par le ministre de la défense nationale.

L'ukase de 1864 sur la naturalisation donne à tous les étrangers qui l'auraient obtenue en Russie la faculté de pouvoir y renoncer librement. A l'égard des Russes, elle dispose que toute personne au-dessus de 15 ans ne peut cesser d'être sujet russe, à moins d'avoir complètement satisfait aux obligations militaires ou d'en avoir été exemptée.[1]

En Italie, les dispositions relatives à la naturalisation se trouvent dans le Code civil, où l'on admet le principe *nemo invitus in patriam manere debet*, et où l'on consacre la règle de la liberté de changer de patrie. On y admet, en effet, que la qualité de citoyen italien se perd par celui qui y a renoncé par une déclaration devant l'officier de l'état-civil, sans subordonner cette perte à la condition d'avoir acquis la qualité de citoyen d'un État étranger. Il est évident que le législateur italien devait aussi admettre que la qualité de citoyen était perdue à la suite de l'acquisition de la qualité de citoyen d'un autre État : c'est ainsi, en effet, qu'il dispose, sans faire aucune réserve d'une autorisation préalable ou d'autres formalités préliminaires.[2] De plus, la loi italienne a prévu le cas où un individu se ferait naturaliser à l'étranger pour échapper au service militaire, et afin de prévenir cet abus, elle a disposé que la perte de la qualité de citoyen n'exempte pas de l'obligation du service militaire.

Cette restriction, qui se trouve dans beaucoup d'autres législations, est (ainsi que nous l'avons déjà dit), juste en

[1] *Annuaire de législation étrangère*, 1875, p. 606.
[2] Art. 11, C. civ. italien.

principe ; mais nous ne saurions l'étudier d'une façon complète, pour établir les limites juridiques dans lesquelles elle devrait être restreinte, parce que cette étude ne concerne pas les rapports de droit privé dont nous devons nous occuper.

369. — La diversité des lois (dont nous avons donné un aperçu) relativement à la liberté plus ou moins complète attribuée au citoyen d'acquérir la naturalisation étrangère, peut conduire à la conséquence qu'un individu ait pu acquérir la qualité de citoyen d'un État étranger et soit néanmoins encore considéré comme citoyen de sa patrie d'origine, ou bien ait pu perdre sa qualité de citoyen dans son pays d'origine sans avoir obtenu la qualité de citoyen à l'étranger. Cet état de choses anormal peut avoir pour résultat de rendre très difficile la détermination de la condition civile de la personne qui se trouverait dans cette situation. Pour écarter toute équivoque à ce sujet, il faut se rappeler que, d'après les principes généraux, quand quelqu'un qui est juridiquement capable en vertu de sa loi personnelle, a effectivement acquis la qualité de citoyen à l'étranger, ce fait doit être considéré comme suffisant par lui-même pour produire le changement de condition civile du naturalisé pour tout ce qui concerne les rapports du droit privé.

Nous reconnaissons que dans les États où la naturalisation obtenue à l'étranger est considérée comme sans effet, quand la personne n'a pas été préalablement autorisée par le gouvernement, il peut prévaloir une règle différente et que c'est là un grave inconvénient. Il ne nous semble dès lors pas qu'on puisse l'écarter autrement qu'en formulant les règles relatives à la naturalisation dans un traité général, auquel les législatures des divers États devraient être tenues de se conformer.

370. — Tant qu'on n'aura pas conclu un tel traité, on devra admettre que tout souverain peut appliquer à l'inté-

rieur de l'État la loi qu'il a faite pour régler la naturalisation et l'expatriation, et que les autres États peuvent méconnaître l'autorité exterritoriale des dispositions qui doivent être réputées contraires aux principes du droit international moderne.

Le droit de s'expatrier et de se faire naturaliser à l'étranger doit désormais être considéré comme un des droits internationaux de l'homme. Par conséquent, comme personne ne pourrait être contraint de conserver contre sa volonté la qualité de citoyen d'un État, et comme on ne saurait admettre que l'exercice du droit d'appartenir librement à l'État pût être soumis au bon plaisir du souverain, on doit considérer comme en opposition avec le droit international moderne une loi qui interdit de se faire naturaliser à l'étranger sans l'autorisation préalable du gouvernement.

371. — Comme on ne saurait non plus admettre en principe que quelqu'un pût être à la fois citoyen de deux États, il en résulte que la naturalisation, une fois obtenue, doit avoir par elle-même comme conséquence nécessaire de faire perdre la qualité de citoyen du pays d'origine. Ce principe se trouve du reste consacré dans beaucoup de codes, et c'est ainsi que l'article 11 du code civil italien dispose que la qualité de citoyen est perdue par celui qui a acquis la qualité de citoyen en pays étranger. C'est en ce sens aussi que le Code civil français, pour ne pas parler de beaucoup d'autres législations, dispose dans son article 17[1].

[1] L'art. 17 a été complété par le décret du 26 août 1811, d'après lequel le Français naturalisé sans autorisation du gouvernement est puni de la confiscation de ses biens, frappé d'incapacité de succéder en France, de privation de ses titres et décorations et d'expulsion du territoire français.

La confiscation étant abolie depuis la Restauration, il n'en saurait plus être question. Quant aux autres pénalités et déchéances, à notre avis, elles ne peuvent pas plus être appliquées, parce que l'acte qui les édicte est nul comme inconstitutionnel, le pouvoir exécutif n'ayant aucun pouvoir pour légiférer sur les questions de droit civil. C'est vainement qu'en

378. — La règle que nous avons posée ne doit toutefois pas être entendue dans un sens absolu, c'est-à-dire en ce sens qu'on doive réputer suffisant dans tous les cas qu'une personne prouve, par exemple devant les tribunaux italiens ou devant les tribunaux français, qu'elle a obtenu la naturalisation à l'étranger, pour qu'elle ne doive plus être réputée citoyen de sa patrie d'origine. Cette règle ainsi entendue, il en résulterait que les tribunaux devraient se borner seulement à constater que la naturalisation aurait été accordée et qu'ils devraient s'abstenir d'examiner au fond si, d'après les principes du droit interne et du droit international, la naturalisation pouvait légalement être accordée.

Certains auteurs, entre autres Bluntschli, considérant que, d'une part, les législateurs ont reconnu à l'homme le droit de changer librement de patrie, et que, d'autre part, il faut éviter l'inconvénient que quelqu'un ne soit à la fois citoyen de deux États, ont conclu que les tribunaux doivent déclarer que l'individu qui a obtenu la naturalisation à l'étranger a cessé d'être citoyen de l'État. Par conséquent, ils sont d'avis que quand quelqu'un qui était citoyen allègue devant les tribunaux de sa patrie d'origine qu'il a obtenu

faveur de la force légale du décret on a invoqué les articles 21 et 37 de la Constitution du 22 frimaire an VIII. L'article 37, qui ouvre un délai de 8 jours pour déférer au Sénat pour inconstitutionnalité les décrets du Corps législatif n'est pas applicable aux actes qui, comme le décret de 1811, émanent du Chef de l'État. Quant à l'article 21, qui donnait au tribunat et au gouvernement le droit de poursuivre l'annulation de tout acte inconstitutionnel, c'est un non sens de l'invoquer. En effet, le tribunat ayant été supprimé le 19 août 1807, on ne saurait soutenir raisonnablement que le gouvernement ayant rendu un décret inconstitutionnel, par le fait de ne pas le déférer au Sénat, ait ainsi donné le caractère de légalité à un acte essentiellement arbitraire et inconstitutionnel.

Deux arrêts, qui remontent tous deux à une époque déjà éloignée, sont intervenus en cette matière. L'un, reconnaissant le caractère obligatoire du décret, a décidé qu'un Français naturalisé sans autorisation n'avait pu valablement tester (Pau, 19 mars 1834, *Caravaca c. Camondo*, Dalloz, *Rép.* v° *Droit civil*, n. 528). L'autre a décidé, au contraire, que le Français ainsi naturalisé pouvait disposer par testament de ses biens situés en France (Paris, 1er février 1836, *aff.* Imbert, *Dalloz*, *id.*, *id.*, n. 529). — (Note du traducteur Ch. A.).

la naturalisation étrangère, les tribunaux doivent se borner à s'assurer de ce fait. Si l'affirmation que la naturalisation a été obtenue à l'étranger était contestée, et si l'on devait résoudre cette contestation, alors qu'un tribunal du pays où l'intéressé aurait été naturalisé aurait statué et aurait jugé que la naturalisation était acquise, comme ce tribunal devrait être considéré comme seul compétent pour trancher un tel litige, sa sentence devrait être efficace pour justifier de la naturalisation même devant les tribunaux de la patrie d'origine. En effet, ces derniers tribunaux ne devraient pas résoudre la question, mais uniquement constater le fait et examiner si la justification devrait ou non être considérée comme fondée[1].

En admettant ces principes, il en résulterait que de quelque manière qu'un individu eût pu obtenir la naturalisation étrangère, même s'il n'avait pas eu, d'après sa loi personnelle, la capacité de se faire naturaliser, il devrait suffire de constater la naturalisation obtenue pour considérer la condition civile de la personne comme modifiée. Toutefois, cette conséquence est inconciliable avec les principes généraux du droit ; car ce serait seulement dans l'hypothèse où il aurait été établi entre tous les États un droit uniforme en matière de naturalisation, en ce qui concernerait les conditions nécessaires pour pouvoir légalement la demander et l'obtenir, qu'on pourrait admettre, qu'une fois établi que la naturalisation aurait été obtenue à l'étranger, cela devrait suffire pour faire considérer comme rompus les liens qui unissaient la personne à sa patrie d'origine. Ce serait la juste conséquence du droit pour chacun de changer de patrie et du droit uniforme adopté par les Etats en cette matière.

Mais actuellement, en fait, les lois manquent d'unifor-

[1] Compar. Bluntschli, *Dissertation à propos de l'affaire de Beauffremont*, p. 7, extrait de la *Revue pratique de droit français*, T. XLI, 1876, p. 305 et suiv.

mité relativement aux règles de naturalisation, et il peut arriver qu'elle soit accordée d'après la législation d'un Etat à un individu incapable de la demander et de l'obtenir d'après la loi de sa patrie d'origine, qui tout en accordant la faculté de changer de patrie, ne l'accorde qu'à ceux qui sont capables de l'exercer.

Supposons, par exemple, qu'aux termes de la loi d'un Etat, on déclare capable d'obtenir la naturalisation quiconque a accompli 21 ans[1] et qu'un étranger de 21 ans l'ait requise et obtenue. Dans ce cas, le citoyen d'un pays où la majorité serait fixée à 24 ans ne pourrait pas prétendre devant les tribunaux de son pays avoir légalement obtenu la naturalisation avant cet âge, car aux termes des principes du droit international, la capacité juridique de chacun devant être déterminée d'après la loi de l'Etat dont il est citoyen, la naturalisation obtenue dans de telles circonstances devrait être réputée un fait antijuridique et de nul effet d'après la loi de la patrie d'origine.

373. — Dans le même ordre d'idées, il faut aussi admettre que lorsqu'une femme mariée et légalement séparée de son mari aurait obtenu la naturalisation à l'étranger sans autorisation maritale ou de justice, et qu'elle voudrait se prévaloir devant les tribunaux de sa patrie d'origine de cette naturalisation ainsi obtenue à l'étranger, pour faire admettre que sa condition civile aurait été modifiée relativement à sa qualité de citoyen ou à sa loi personnelle, sa demande ne pourrait pas être accueillie. A supposer, en effet, qu'aux termes de la loi de la patrie d'origine, la nationalité de la femme dépende de celle du mari tant que dure le lien du mariage, et que l'on considère ce lien comme persistant même après la séparation de corps, il est clair que l'on ne

[1] C'est ce qui a lieu notamment, en France, aux termes de la loi du 29 juin 1867, art. 1er, où l'on pose la règle générale que l'étranger, âgé de 21 ans (sans distinguer s'il est ou non majeur d'après sa loi nationale), peut être naturalisé. — (Note du traducteur Ch. A.).

saurait admettre que la femme mariée et séparée pût à son gré se faire naturaliser à l'étranger, pas plus qu'on ne saurait l'admettre en ce qui concerne une femme mariée non séparée de son mari.

De ce que la femme mariée a obtenu légalement la naturalisation d'après la loi étrangère, et de ce que le législateur a disposé, par exemple, comme dispose le législateur italien, que l'on doit considérer comme ayant perdu sa qualité de citoyen celui qui a obtenu la qualité de citoyen dans un pays étranger, il ne s'en suit pas forcément que cette femme puisse utilement soutenir devant les tribunaux de la patrie que la naturalisation ainsi obtenue doive produire tous les effets qui devraient en résulter ; car il faut considérer que la disposition de la loi est fondée sur le respect dû à toute personne qui, pouvant disposer de sa personnalité, veut changer de patrie. Il reste toutefois bien entendu que, par exemple, la disposition adoptée par notre législateur n'est susceptible d'être appliquée qu'à ceux-là seuls qui, ayant la capacité légale de choisir une patrie d'élection, l'ont fait et ont été naturalisés à l'étranger ; mais pourrait-on par hasard appliquer la même règle à celui qui aurait obtenu la naturalisation à l'étranger sans avoir la capacité légale aux termes de notre loi ? Est-ce que la naturalisation à l'étranger d'un Italien qui n'a pas la capacité légale de la demander et de l'obtenir, en admettant même qu'elle puisse être un fait juridique pour la souveraineté étrangère, pourrait être également un fait juridique à notre égard ?

374. — Tout le monde comprend que la négative est la conséquence nécessaire des justes principes.

On ne saurait dire que la naturalisation étant un acte de souveraineté du pouvoir de l'État qui l'a accordée et que les États étant autonomes dans l'exercice du pouvoir souverain, les tribunaux de la patrie originaire ne pourraient pas méconnaître la naturalisation obtenue à l'étranger, si la léga-

lité en avait été reconnue par les tribunaux de l'État où elle aurait été accordée, ces tribunaux étant seuls compétents pour statuer sur cette matière. Au contraire, on peut faire observer que l'autonomie des États, en tant qu'elle irait contre le respect des principes de justice internationale, ne saurait être admise en principe. Nous reconnaissons seulement qu'en fait on ne peut pas faire la guerre à un État qui n'a aucun souci du respect de ces principes et qu'il n'y a pas de tribunaux suprêmes devant lesquels on puisse appeler les tribunaux qui les violent. Nous pensons cependant, que l'autonomie, même en la respectant, telle qu'elle est entendue et sous-entendue, ne peut être admise jusqu'au point d'attribuer à la souveraineté étrangère le pouvoir de disposer par ses lois relativement à la capacité légale des citoyens d'un autre État. Si, dès lors, la loi étrangère avait, contrairement à tous principes, considéré comme capable de se faire naturaliser un Italien qui n'avait pas, aux termes de notre loi, la capacité légale nécessaire à cet effet; tout en respectant l'autorité d'une telle loi sur le territoire soumis à l'autorité de la souveraineté étrangère, on ne pourrait jamais soutenir que la souveraineté étrangère aurait pu, même eu égard à notre législation, attribuer la capacité légale à ce même Italien. Par conséquent, la naturalisation obtenue dans de telles circonstances devrait être considérée comme un fait antijuridique au point de vue de la loi italienne.

Pour écarter tout inconvénient en cette matière, il pourrait être utile de considérer comme une règle suprême de droit international celle que nous trouvons consacrée dans l'article 8 de la loi de l'Empire d'Allemagne du 1er juin 1870 qui est ainsi conçu : « La naturalisation ne doit être accor-
« dée aux étrangers, que lorsqu'ils sont capables de disposer
« de leur personne d'après les lois du pays auquel ils appar-
« tenaient originairement ».

Certes, si un État limitait la capacité de se faire naturaliser à l'étranger contrairement aux principes du droit international, (comme par exemple en refusant cette faculté à ce-

lui qui n'aurait pas obtenu l'autorisation du Gouvernement), il ne serait pas raisonnable de trouver dans une telle disposition une juste restriction, mais si la loi étrangère, en disposant sur la capacité de se faire naturaliser à l'étranger, ne violait pas les principes du droit international, il faudrait en reconnaître l'autorité en tant qu'elle limiterait cette capacité.

375. — La juste conséquence de ce que nous venons de dire, c'est que la question de la validité et de l'efficacité d'une naturalisation peut être résolue d'après la loi de l'État qui l'a accordée, mais seulement quant aux effets qui peuvent en résulter sur le territoire de cet État, et qu'en ce qui concerne le pays d'origine et les puissances tierces, la validité doit être considérée comme subordonnée à la condition principale de la capacité de la personne d'après la loi de la patrie qu'on veut abandonner. Nous sommes aussi d'avis que la compétence pour connaître d'une telle question de capacité et pour la résoudre doit être attribuée aux tribunaux du pays d'origine, ceux-ci devant être réputés les plus aptes à résoudre les difficultés relatives au changement de la qualité originaire de citoyen, dont dérivent d'importantes conséquences à l'égard de l'état de la personne et à l'égard des droits qui lui appartiennent dans ses rapports avec la famille et avec le patrimoine de la famille. Par conséquent, quand l'objet principal d'un procès relatif à la validité de la naturalisation serait la capacité requise pour se faire naturaliser, on devrait toujours considérer comme existants les liens qui unissent l'individu à sa patrie d'origine, tant que les tribunaux de celle-ci n'auraient pas décidé si la personne était capable de changer de patrie.

376. — Pour rester dans notre ordre d'idées, on pourrait se demander, par exemple, si un mineur italien émancipé pourrait valablement se faire naturaliser à l'étranger.

Il est certain que notre loi (art. 18) attribue le domicile du père au seul mineur qui n'est pas émancipé, et que dès

lors l'émancipé peut fixer son domicile là où bon lui semble.

Il faut aussi admettre que le mineur émancipé pouvant fixer partout son domicile, peut le fixer même en pays étranger : on ne peut pas, en effet, soutenir qu'il soit nécessairement tenu de le fixer sur le territoire de l'Etat.

Or, supposons que la loi étrangère attribue la qualité de citoyen de l'Etat aux étrangers domiciliés pendant un nombre donné d'années, et confère à l'étranger qui a fixé son domicile dans l'Etat le droit de demander et d'obtenir la naturalisation. Est-ce qu'alors le mineur émancipé, étant capable de fixer son domicile à l'étranger, devra être réputé également capable d'y demander et d'y obtenir la naturalisation ?

A l'appui du droit du mineur, on peut dire qu'à la matière du changement de la nationalité d'origine, ne sont pas applicables les principes du droit commun relatifs à la capacité juridique de faire des actes valables, parce que la liberté de changer de patrie étant un droit naturel et les rapports avec la patrie ayant pour fondement essentiel la volonté de l'homme, il faut admettre en principe que toute personne doit être réputée capable de choisir librement la communauté politique et civile à laquelle elle veut appartenir, et que dès lors les restrictions juridiques à cette faculté ne doivent pas être admises par voie de présomption, mais être clairement établies par la loi et interprétées d'une façon restrictive : que bien que le mineur, tant qu'il demeure soumis à la puissance paternelle, doit conserver sa qualité originaire de citoyen, qui est celle que son père avait au moment de sa naissance, cette restriction ne peut pas s'étendre au mineur émancipé qui n'est pas soumis en tout à la puissance paternelle, qu'au contraire, à cet égard, il est par avance libéré de certains liens de sujétion et mis dans la même situation que le majeur, par suite de la disposition admise par notre législation (art. 220 C. civ. italien) que le fils est soumis à la puissance de ses parents

jusqu'à la majorité et à l'émancipation[1] : que le mineur émancipé est libre de disposer de sa personne et que, sauf les restrictions expresses prescrites par la loi, il peut prendre un état, et ne peut dès lors pas être empêché de s'enrôler volontairement dans une armée étrangère : que pouvant choisir son domicile et l'établir à l'étranger, il doit être réputé également capable de profiter de cette faculté et de se faire naturaliser dans le pays où il a fixé son domicile, et que la naturalisation qu'il a obtenue dans de telles circonstances doit être réputée valable et efficace même à l'égard de sa patrie d'origine.

On peut, par contre, dire que la faculté de fixer son domicile partout et même à l'étranger n'implique pas la faculté de s'y faire naturaliser, que bien que la femme mariée et séparée légalement de son mari ait le droit de choisir son domicile et de l'établir à l'étranger, elle ne peut pas (ainsi que nous l'avons démontré) se faire naturaliser à l'étranger et y acquérir ainsi durant le mariage une qualité de citoyen différente de celle de son mari ; que le mineur émancipé peut faire seul uniquement les actes qui n'excèdent pas la simple administration, mais que pour les autres, il lui faut, outre le consentement du curateur, l'autorisation du conseil de famille ou de tutelle (art. 317-319 C. civ. italien)[2] ; que le changement de qualité de citoyen peut équivaloir à l'aliénation de certains droits patrimoniaux, parce que ce changement emportant celui de la loi régulatrice de la condition juridique de la personne et de ses droits privés, ces droits pourraient être plus ou moins étendus d'après la loi de la patrie élective que d'après celle du pays d'origine ; que la loi n'accorde pas à l'émancipé une liberté absolue, mais exige que dans les actes les plus importants il soit assisté, et que dès lors il ne pourrait pas exercer le

[1] Il en est de même aux termes de l'art. 372 du Code civil français.

[2] Il en est de même aux termes du Code civil français (art. 481 et suiv.).

commerce (art. 9 du Code de commerce italien)[1], donner son consentement à une adoption en sa faveur sans le consentement de ses père et mère, ni contracter mariage. Or si, pour tous les actes les plus importants de la vie civile, la loi exige que l'émancipé soit assisté, comment peut-on lui reconnaître la faculté d'accomplir seul un acte aussi important que celui de la naturalisation à l'étranger ; finalement on détruirait l'idée de l'unité de la famille sur laquelle repose l'uniformité de la condition civile du fils soumis à la même autorité paternelle, uniformité qu'on a cherché à réaliser en admettant comme règle que les fils doivent suivre la condition de leur père jusqu'à leur majorité[2], si on admettait que le mineur émancipé pût se faire naturaliser et changer ainsi la loi régulatrice de sa capacité et de ses droits personnels.

On ne saurait méconnaître que ce soient là des arguments sérieux. Nous pensons néanmoins que le mineur italien peut acquérir la naturalisation étrangère. Ce n'est pas seulement de sa faculté de fixer à l'étranger son domicile que nous déduisons ce droit pour lui, mais nous pensons qu'il doit résulter de la faculté qui lui appartient de disposer librement de sa personne et de la considération que le droit de choisir sa patrie et d'en acquérir une nouvelle est un droit personnel de l'homme.

La femme mariée ne peut pas se faire naturaliser à l'étranger, bien qu'elle soit légalement séparée, parce qu'elle ne peut pas seule modifier ses rapports personnels avec son mari qui, dérivant du lien conjugal, doivent être considérés comme permanents tant que le lien subsiste. Le principe de l'unité de la famille ne peut, du reste, pas avoir pour effet de faire méconnaître la personnalité de l'éman-

[1] Il en est de même aux termes de l'art. 2 du Code de commerce français.

[2] Nous avons dit plus haut que s'il en est ainsi en droit italien, le Code civil français est muet sur ce point et que la jurisprudence française est fixée en sens contraire.

cipé et de lui enlever la faculté qui est inhérente à son état personnel et qui consiste dans la libération anticipée de certains liens de sujétion envers le père. Ayant le droit de disposer librement de sa personne, l'émancipé peut se servir de ce droit pour obtenir la naturalisation étrangère.

377. — Les liens qui unissent chaque personne à sa patrie nous semblent, du reste, sacrés et intimes comme ceux qui lient l'homme au surnaturel. Ainsi, de même que le mineur émancipé peut choisir sa religion, de même il doit pouvoir librement choisir sa patrie. Bien plus, nous regardons ce droit comme si essentiellement personnel, que nous considérons que le mineur non émancipé lui-même peut se prévaloir de certaines facultés consenties par la loi pour se choisir une patrie d'élection différente de celle de son père. Il ne saurait certainement pas se faire naturaliser, parce que, ne pouvant abandonner la maison paternelle ni avoir un domicile différent de celui de son père, il ne pourrait pas être réputé capable de le faire. Il pourrait toutefois atteindre indirectement ce but en s'enrôlant dans une armée étrangère. La loi italienne dispose, en effet, que la qualité de citoyen italien est perdue par celui qui est entré au service militaire d'une puissance étrangère sans l'autorisation du gouvernement[1]. Par conséquent, si le fils mineur avait pu en fait se faire admettre dans une armée étrangère, il devrait être réputé étranger à notre égard, bien que son père continuât à être considéré comme citoyen italien.

Pour tout ce qui concerne les effets de la naturalisation à l'étranger et le changement de la loi régulatrice des rapports de famille, il faut tenir compte de ce que nous avons déjà dit des effets du changement de qualité de citoyens relativement au statut personnel.[2]

[1] Il en est de même aux termes du Code civil français (art. 21). — (Note du traducteur Ch. A.).

[2] Voir § 349 et suiv.

378. — Maintenant, nous allons dire quelles sont les règles applicables aux effets de la naturalisation, lorsque la validité n'en est pas contestée.

En ce qui concerne la condition de la femme de l'individu naturalisé à l'étranger, il faudra tenir compte de ce que nous avons dit plus haut.[1] Il en est de même en ce qui concerne le fils mineur de ce même individu.[2]

Quant à la personne même du naturalisé, nous dirons que l'effet immédiat de la naturalisation est d'assimiler entièrement le naturalisé au citoyen de l'État ou de l'y assimiler avec certaines restrictions, suivant les dispositions de la législation de la patrie élective, et de changer sa loi personnelle, en substituant à celle de sa patrie d'origine celle du pays où la naturalisation a été accordée. Toutefois, pour tout ce qui concerne les rapports privés du naturalisé avec les tiers et les membres de la famille à laquelle il appartient, la loi applicable est celle de la patrie d'origine ou de la patrie d'élection, suivant qu'il s'agit de droits acquis dans l'une ou dans l'autre. Dans tous les cas, ces rapports doivent être considérés relativement à la loi des deux États, comme le sont les rapports de droit privé relativement à une loi nouvelle, qui a modifié la loi qui réglait antérieurement ces mêmes rapports.

379.—Il faut, en outre, dire que tout ce que nous avons exposé en ce qui concerne les effets de la naturalisation peut s'appliquer lorsque la naturalisation étrangère a été acquise complètement et lorsqu'il s'agit d'une naturalisation proprement dite, qui emporte l'assimilation de l'étranger au citoyen pour ce qui est de ses rapports avec la souveraineté et de la jouissance des droits politiques.

Par conséquent, on ne peut pas appliquer les mêmes rè-

[1] Voir § 338.
[2] Voir § 340.

gles à tous ces cas, dans lesquels, en vertu d'un acte de l'autorité publique, on a admis l'étranger à jouir des mêmes droits que le citoyen, si un tel acte n'est pas juridiquement un véritable acte de naturalisation.

D'après la loi anglaise, par exemple, outre l'acte de naturalisation proprement dit, qui a pour conséquence d'assimiler l'étranger au citoyen, il y a un acte qui met l'étranger dans la condition de *denizen*, et dont il faut bien comprendre la nature pour en apprécier les conséquences juridiques.

En Grande-Bretagne, ainsi que nous l'avons déjà dit, l'étranger ne pouvait ni acquérir d'immeubles, ni fonder d'établissements industriels. On pouvait admettre à jouir de ces droits les seules personnes qui avaient obtenu la qualification juridique de *denizen* en vertu de lettres royales, avant la loi de 1844, ou à la suite du certificat délivré à cette fin par le secrétaire d'État, après la mise en vigueur de cette loi. Celui qui avait obtenu un tel certificat acquérait le droit de devenir propriétaire d'immeubles tant par acte entre vifs que par disposition testamentaire : il n'acquérait toutefois pas le droit de succéder *ab intestat*. Il est à noter que le *denizen*, outre la jouissance des droits privés compris dans celui de propriété, acquérait certains droits politiques, et notamment ceux dont l'exercice est, d'après la loi anglaise, connexe à la propriété de sa terre. Ainsi, il n'était pas éligible, mais pouvait être électeur. Le *denizen* était tenu de prêter le serment de fidélité, d'*allegeance*.

La question s'est posée plusieurs fois devant les tribunaux français de savoir si le *denizen*, qui aurait été d'abord Français, aurait dû, relativement à la France, être réputé dans la même condition que celui qui, par suite de la naturalisation étrangère, aurait perdu la condition de citoyen français. Ces tribunaux ont toujours décidé que la nationalité originaire ne pouvait être considérée comme perdue que par le fait de l'acquisition effective de la naturalisation étrangère, et que cet effet ne pouvait pas être attribué au

certificat ayant déclaré l'étranger *denizen*, parce qu'il n'était pas, en vertu de cette déclaration, assimilé au citoyen britannique,[1] cet acte ne pouvant être considéré comme équivalant à la naturalisation effective.

Cette question n'a pas perdu son importance aujourd'hui que l'étranger peut acquérir en Angleterre la propriété des immeubles aux termes de la loi de 1870, car il peut bien se faire qu'un individu ait acquis la qualité de *denizen* avant la publication de cette loi ou qu'il l'acquière tandis qu'elle est en vigueur, la couronne ayant conservé la faculté d'accorder la qualité de *denizen* aux étrangers.

Le *denizen* doit-il être réputé dans la même condition que le naturalisé? Doit-on admettre que, de même que la naturalisation effective emporte la perte de la nationalité originaire, le changement de la loi personnelle et tous les autres effets que nous avons indiqués, de même ces effets résultent du certificat par lequel une personne a obtenu la qualité de *denizen* en Grande-Bretagne?

La raison de douter trouve son fondement en ce que le *denizen*, étant tenu de prêter la serment d'*allegeance*, ne se trouve réellement pas dans la même condition que l'individu qui a obtenu l'autorisation de fixer son domicile dans un pays pour y obtenir la jouissance des droits civils. S'il en était ainsi, il serait facile d'écarter le doute, car l'autorisation d'établir son domicile dans l'État pour y jouir de tous les droits civils accordés aux citoyens assimile effectivement l'étranger à ceux-ci, mais seulement dans le cercle des droits privés qui lui appartiennent. Cette condition juridique n'emporte pas le changement d'état public de la personne qui a obtenu l'autorisation, parce que l'autorisation de fixer son domicile dans l'État est par elle-même révocable,[2] et que dès lors l'état acquis est temporaire. Elle peut être

[1] Cass. française, 19 janvier 1819 et 29 août 1822; Paris, 27 juin 1859; Cass., 16 février 1875, *Journal du Palais*, et la note de Labbé, 1875, p. 481.

[2] Voir pour la France, la loi du 3 décembre 1849, art. 3.

subordonnée à la condition que l'étranger fixe réellement son domicile dans le pays et elle produit certains avantages tant qu'il conserve ce domicile.[1] Il est naturel que l'étranger qui veut fixer son domicile ne soit pas obligé de prêter serment de fidélité pour jouir de l'avantage de l'autorisation qu'il a obtenue, et que cette autorisation ne doive emporter aucun changement à l'égard de l'état politique et des rapports de droit public, et par conséquent on ne peut pas assimiler l'étranger autorisé à établir son domicile au naturalisé.

En ce qui concerne le *denizen*, il y a quelque chose de plus, car celui-ci obtient la jouissance des droits politiques qui sont connexes en Grande-Bretagne au droit de propriété de la terre et est tenu au serment de fidélité, lesquelles choses peuvent faire supposer le changement des rapports de droit public et faire considérer le *denizen* comme ayant une condition analogue à celle du naturalisé, ce qui lui rendrait applicable les mêmes règles qu'au naturalisé.

380. — Il faut cependant considérer que le *denizen* n'est pas effectivement assimilé au citoyen pour la jouissance des droits politiques, mais seulement pour la jouissance de ceux qui sont connexes à la propriété de la terre, et que le serment de fidélité qu'il prête n'a pas le même caractère et la même nature que celui prêté par le naturalisé : c'est plutôt un acte inspiré par l'idée de subordination féodale, qui trouve sa raison d'être dans les traditions féodales qui prédominent dans tout l'organisme de la propriété en Grande-Bretagne.

Il résulte de la nature des choses que la condition du *denizen* ne saurait être assimilée à celle qui dérive de la naturalisation. En effet, le *denizen* n'est pas même complètement assimilé au citoyen d'origine en ce qui concerne la jouissance des droits privés, car il n'acquiert pas le droit de succéder *ab intestat*. Il n'est pas non plus assimilé à celui-

[1] Voir pour la France, l'art. 13 du Code civil.

ci pour la jouissance des droits politiques, car il n'est pas éligible, mais est seulement électeur et uniquement sur le territoire où il possède la terre, à laquelle le droit d'élection est connexe, et non dans toutes les possessions britanniques. Dans ces possessions, le *denizen* n'est pas assimilé au citoyen anglais, mais considéré comme un étranger.

Ce qui, du reste, caractérise mieux la nature juridique de la condition de l'étranger *denizen*, c'est que les droits qu'il acquiert sont subordonnés à la condition qu'il demeure sur le territoire britannique, d'où il résulte que tous les avantages dont il jouit lui sont enlevés à la suite d'une absence prolongée pendant un certain temps. Or, on comprend clairement que l'étranger qui est propriétaire de terre puisse exercer les droits qui, aux termes de la loi anglaise, sont connexes à la propriété de la terre, lorsqu'il vient demeurer sur le territoire britannique et qu'il a, par l'effet du serment, fait acte de soumission à la loi et de dévouement aux intérêts territoriaux. Il obtient cet avantage en vertu du certificat qui lui attribue la condition du *denizen*, mais il peut en jouir seulement lorsqu'il réside effectivement sur le territoire soumis à S. M. Britannique.

Il est dès lors clair que la condition du *denizen* est essentiellement différente de celle du naturalisé, et que l'on ne saurait admettre que les conséquences juridiques qui dérivent de la naturalisation effective doivent être considérées comme réalisées en ce qui concerne le *denizen*. Aussi, il nous semble qu'un Italien, qui aurait obtenu de l'autorité anglaise compétente le certificat nécessaire pour être qualifié *denizen*, et qui n'aurait, pour se conformer à notre Code civil, fait aucune déclaration de renonciation à la qualité de citoyen italien, continuerait à être réputé Italien, et que, pour toutes les questions pouvant concerner son état personnel, ses rapports de famille et sa succession, on devrait lui appliquer en Italie la loi italienne, comme elle serait appliquée à toute personne qui aurait établi son domicile légal à l'étranger sans avoir perdu la qualité de citoyen italien.

381. — On doit appliquer avec plus de raison ces principes à un Italien qui, pour exercer le commerce dans un pays étranger, aurait été astreint à y obtenir le droit de bourgeoisie. C'est notamment ce qui avait lieu d'après la loi de Hambourg, où l'étranger qui voulait faire le commerce était tenu de prendre la qualification de bourgeois, qui lui était accordée par lettres patentes et sous la condition de prêter le serment de fidélité. Même lorsqu'une qualification donnée est accordée à l'étranger qui veut exercer certains droits privés et certains droits publics attribués aux citoyens sous la condition du serment de fidélité, ce fait ne doit pas être réputé suffisant pour assimiler l'acte accordant la jouissance de ces droits déterminés à la naturalisation proprement dite.

Pour comprendre la nature de ce serment, il faut se reporter aux temps où tout droit était nié à l'étranger et où le rapport d'*allégeance* dérivait du fait d'être propriétaire de terre sur les territoires soumis au seigneur. Dans les pays qui ont conservé une législation inspirée des principes féodaux, le serment peut être requis, soit comme hommage de sujétion au souverain auquel appartient la terre, soit comme mesure de police, afin d'obtenir de l'étranger qu'il ne trahira pas les intérêts du pays où il vient faire le commerce, soit comme condition de la jouissance de la terre dont il est devenu propriétaire. Il faut dès lors apprécier ces actes d'après leur nature propre et ne pas vouloir y trouver le caractère qui dérive de la naturalisation effective, qui seule peut produire par elle-même la perte de la qualité originaire de citoyen et le changement de la loi régulatrice de l'état personnel.

---

§ 2.

De la naturalisation collective résultant de la cession ou de l'annexion d'un territoire.

382. Les cessions territoriales au point de vue de la naturalisation. — 383. Dans quels cas elles ont pour conséquence la naturalisation collective des habitants. — 384. L'annexion ne produit pas *ipso facto* le changement de qualité de citoyen. — 385. Comment les droits de la souveraineté peuvent se concilier avec celui pour chaque homme de ne pouvoir être privé par force de la qualité de citoyen qui lui est acquise. — 386. Les conséquences du traité de cession doivent-elles être restreintes aux indigènes ou étendues aux personnes domiciliées sur le territoire cédé. — 387. Règles adoptées dans le traité de cession de la Savoie et de Nice, et observations critiques. — 388. Règles admises dans le traité de cession de l'Alsace et de la Lorraine. — 389. Conditions auxquelles devrait être subordonné le droit d'opter relativement au terme requis pour l'exercer. — 390. De l'obligation de transférer le domicile pour conserver la qualité originaire de citoyen. — 391. De l'obligation d'aliéner les immeubles. — 392. Déchéance du droit d'opter. — 393. Ce droit, en ce qui concerne les mineurs, doit-il être attribué à leur père ou à leurs représentants légaux. — 394. Inconvénients qui se sont produits en pratique à l'égard des mineurs de Nice et de la Savoie. — 395. Notre opinion sur cette controverse. — 396. Droit d'option de la femme mariée. — 397. Dans les traités de cession on n'a pas respecté les justes principes. — 398. Interprétation donnée à l'expression *originaires*. — 399. Application de cette interprétation aux individus originaires de Nice et de la Savoie et à ceux nés dans d'autres provinces italiennes de parents niçois ou savoyards. — 400. Les fils mineurs de Savoyards ou de Niçois nés hors des provinces cédées sont-ils Français ou Italiens. — 401. Comment les principes exposés peuvent être appliqués au traité de 1871 entre la France et l'Allemagne. — 402. Comment doit-on appliquer le traité de 1860 à ceux qui étaient nés dans les provinces italiennes cédées à la France de parents nés ailleurs. — 403. Comment le décret français du 30 juin 1860 a écarté en partie les contradictions résultant du traité et comment ce décret doit être interprété. — 404. Les règles consacrées par le traité de cession ne peuvent pas être modifiées par la loi interne. — 405. Comment doit-on interpréter l'article 1er du décret français du 30 juin 1860. — 406. Condition des habitants du territoire cédé en l'absence de toute clause à leur sujet dans le traité de cession. — 407. Compétence en matière de difficultés relatives à la

naturalisation et efficacité des décisions de l'autorité administrative.

382. — Le changement de qualité de citoyen peut être la conséquence de la cession d'un territoire par un État auquel il appartenait d'abord et de son annexion à l'État auquel il a été cédé. Ce fait produit, à l'encontre des habitants de ce territoire, une sorte de naturalisation collective, soumise à certaines conditions que nous allons exposer[1].

Les cessions territoriales peuvent être volontaires ou forcées, suivant qu'elles ont été librement consenties durant la paix ou imposées par le vainqueur et acceptées par le vaincu, à la suite d'une victoire et comme condition de la paix. Ce n'est pas ici le lieu de traiter de cette matière, ni de discuter les principes qui devraient régler la validité d'une cession et de l'annexion d'un territoire cédé[2]. Ici nous devons nous borner à examiner le fait qui en résulte, c'est-à-dire celui de la naturalisation générale et collective de tous ceux qui habitent le territoire annexé.

De même que l'annexion de la part d'un État opère *ipso facto* l'acquisition des droits de souveraineté territoriale et de la part d'un autre la perte de ceux qui lui appartenaient d'abord, et qu'elle entraîne nécessairement ce résultat à compter du jour où elle est devenue effective et réelle ; de même aussi elle doit opérer le changement des rapports de droit public entre ceux qui habitent le territoire annexé et la souveraineté qui exerce son empire sur ce territoire. Le changement de naturalité des habitants doit dès lors être considéré comme la conséquence nécessaire du changement de souveraineté territoriale. Il faut toutefois noter qu'en disant cela, nous supposons que la cession et l'annexion ont

[1] Herbaux, *De la qualité de Français acquise ou perdue par suite d'une annexion du territoire ou de son démembrement* ; — De Folleville, *De la naturalisation* ; — Gogordan, *La nationalité* ; — Weiss, *Traité de droit international privé*.

[2] Voir notre ouvrage : *Nouveau traité de droit international public* (2e édit.), traduit de l'italien par Ch. Antoine, Ch. IX du livre III.

opéré la séparation et l'union réelle du territoire cédé. Si jamais il arrivait qu'une ou plusieurs provinces fussent unies à un État par ce qu'on appelle l'union personnelle, comme cette forme d'union attribue à la même personne les droits de souveraineté sur le territoire qui formait d'abord l'État et sur celui qui est passé sous son empire, et loin d'impliquer l'annexion réelle et effective du nouveau territoire à l'ancien, laisse au contraire distincte la personnalité de l'ancien État et celle du nouveau qui lui est uni, on ne pourrait pas dire qu'une telle forme d'union dût produire la naturalisation collective de tous ceux qui appartiendraient aux provinces ainsi unies, mais qu'au contraire on devrait décider qu'elle fait que chacun conserve sa propre qualité de citoyen. Ainsi, par exemple, quand les royaumes de Hanovre et d'Angleterre furent unis sous la forme de l'union personnelle, par le fait qu'ils avaient le même souverain, qui était à la fois roi d'Angleterre et roi de Hanovre, les citoyens du Hanovre ne devinrent pas, à compter du jour d'une telle union, citoyens anglais, et ne furent pas, par suite de cet événement, naturalisés collectivement.

383. — La naturalisation collective et générale, qui se réalise par suite de l'union, a dès lors seulement lieu quand il s'agit d'une annexion proprement dite, qui emporte l'incorporation réelle et effective des provinces cédées à l'État, comme cela a été le cas de l'Alsace et de la Lorraine, et de Nice et de la Savoie, qui font aujourd'hui, les premières, partie de l'Empire d'Allemagne et les secondes de la France. Il doit, à ce point de vue, être indifférent que l'annexion ait eu lieu à la suite de la cession forcée imposée comme condition de la paix, ou qu'elle ait été volontairement consentie durant la paix, comme cela s'est produit pour Nice et la Savoie. Comme c'est toujours le traité de cession conclu et dûment ratifié par le pouvoir public qui peut rendre la séparation et l'annexion d'un territoire effectives et réelles,

il est dès lors ici sans utilité pour nous de nous arrêter à discuter les raisons qui ont pu motiver le traité de cession : ce que l'on doit toujours considérer comme indispensable, c'est qu'une province ou une partie quelconque de territoire ait été effectivement et légalement réunie à un État, de manière à faire partie du territoire soumis au souverain de l'État.

384.—La première chose que nous devons noter en ce qui concerne l'annexion, c'est qu'elle produit *ipso facto*, à partir du moment où elle doit être considérée comme légalement accomplie, la cession des droits de souveraineté de la part de l'État cessionnaire ; mais nous ne pouvons pas admettre qu'elle doive produire *ipso facto* la naturalisation collective de toutes les personnes qui appartenaient d'abord à l'État cédant et qui se trouvent sur le territoire cédé. Nous admettons seulement comme une conséquence inévitable de la nature même des choses, que ceux qui forment la population effective d'un territoire annexé doivent être soumis à la souveraineté qui y exerce son empire ; mais il faut concilier cette nécessité suprême avec les droits de la personnalité humaine et dès lors exclure l'idée que toute la population puisse subir *ipso facto* la naturalisation collective et forcée. Autrement, ceux qui formeraient la population du territoire cédé en seraient considérés comme l'accessoire. [1]

Nous avons, à plusieurs reprises, dit et démontré que le droit de conserver la qualité de citoyen et d'en changer est un

[1] Malgré tous les raisonnements des publicistes, au fond il en est cependant ainsi. En effet, malgré la faculté d'option, qui modère jusqu'à un certain point les conséquences de l'annexion,à la suite de celle-ci les habitants du territoire annexé suivent la condition de ce territoire auquel la plupart sont tellement attachés par leurs intérêts, qu'ils ne sauraient en dépit des sentiments qui les unissent à leur ancienne patrie, s'exposer par l'option, à être mis par le nouvel État dans la nécessité plus ou moins absolue d'émigrer. Un exemple frappant et cruel pour tout Français, c'est celui des Alsaciens-Lorrains, dont cependant l'attachement à la France est si profond. — (Note du traducteur Ch. A.).

véritable droit de l'homme, et que c'est un des droits personnels, dont la personne seule peut disposer. Il en résulte que, même à la suite de l'annexion, ce droit doit être respecté, parce qu'on ne saurait attribuer à la souveraineté, non seulement la faculté de renoncer à ses droits sur le territoire, mais celui de disposer à sa volonté de la condition juridique des personnes qui en constituent la population. Il nous semble dès lors que, pour être logique, il faut établir en principe que la cession et l'annexion d'un territoire n'emportent pas *ipso facto* la naturalisation réelle, générale et collective de tous ceux qui en forment la population, mais qu'on doit laisser à chacun la libre faculté de choisir entre la qualité originaire de citoyen ou la nouvelle, c'est-à-dire celle d'opter pour l'une ou l'autre, en en faisant la déclaration dans un délai fixé par la loi.

385. — L'application de cette règle présente néanmoins une grave difficulté sur le point suivant. Tant que chacun n'a pas exercé le droit d'opter, doit-on présumer qu'il a conservé sa qualité originaire de citoyen, sous la condition résolutoire d'être réputé citoyen de la nouvelle patrie s'il n'opte pas pour conserver son ancienne patrie, ou doit-on admettre la naturalisation collective sous la condition suspensive pour chacun d'acquérir de nouveau la qualité originaire de citoyen en optant pour elle dans un délai fixé.

La solution de la question dans le premier sens présenterait le grave inconvénient que l'État, auquel le territoire cédé aurait été annexé, se trouverait avoir acquis une souveraineté nominale, puisqu'il devrait considérer la population comme en relation avec la souveraineté de l'État cédant, ce qui ne pourrait pas être admis dans les rapports internationaux, sans qu'il en résultât une grave atteinte à l'efficacité de l'annexion et aux droits et aux intérêts de l'État cessionnaire.

Il semblerait plus conforme à la nature des choses pour rendre l'annexion effective et réelle, que le traité de cession

dût produire tous ses effets au moment où il serait légalement ratifié, c'est-à-dire, qu'il eût alors pour résultat, non seulement le changement de souveraineté territoriale, mais aussi celui de la condition des personnes, sauf le droit pour chaque individu d'acquérir de nouveau sa qualité originaire de citoyen en faisait une déclaration.

Nous devons toutefois dire que cette seconde solution aurait un inconvénient aussi sérieux que le premier. Chacun serait, en effet, déclaré à son insu étranger par un fait de la souveraineté, et un tel changement emporterait celui de la condition juridique et de l'état personnel; et lorsqu'ensuite l'individu userait du droit qui lui est réservé d'opter pour la conservation de sa qualité originaire de citoyen, cette option, faite dans le délai légal, produirait l'effet d'un nouveau changement de condition juridique et d'état personnel.

Il nous semble que, pour respecter d'une part le principe de la libre faculté pour chacun d'appartenir à sa patrie et de ne pouvoir en être privé contre sa volonté expresse, et pour concilier d'autre part ce droit avec les intérêts et les droits de la souveraineté, le mieux serait de distinguer en ce cas exceptionnel ce qui concerne l'état public de l'individu de ce qui concerne son état privé. Nous admettons que l'annexion, à compter de la date de la ratification, doit produire *ipso facto* le changement nécessaire et collectif de l'*allégeance*, en substituant à celle qui liait tous les habitants à la souveraineté de l'État cédant, celle qui s'établit par le fait de l'annexion à l'égard de l'État cessionnaire. Quant à ce qui concerne la condition juridique des personnes dans le domaine du droit privé et dans les rapports avec le statut personnel, il faudrait admettre que la condition de tout individu faisant partie de la population du territoire annexé ne devrait subir aucune modification jusqu'à l'échéance du terme, sous la condition résolutoire de la perte de l'ancienne qualité de citoyen et de l'acquisition de la nouvelle, après l'expiration du terme sans que la personne se fût prévalue du droit d'opter.

Il nous semble qu'on pourrait ainsi concilier les droits de la souveraineté avec ceux des personnes. D'autre part, pour garantir le droit de *conserver* la qualité originaire de citoyen, il faut aussi admettre que la personne ne doit pas perdre cette qualité pour l'acquérir ensuite à nouveau, mais bien plutôt que sa condition juridique doit être considérée comme ne s'étant pas modifiée, tant qu'elle ne s'est pas prévalue du droit d'opter et d'établir ainsi définitivement sa qualité de citoyen.

386. — L'application des principes que nous avons mis en lumière peut présenter différentes difficultés, tant en ce qui concerne les personnes auxquelles on doit étendre les conséquences du traité de cession relatives au changement de qualité de citoyen, qu'en ce qui concerne les conditions qui doivent régler la déchéance du droit d'opter, que nous avons dit devoir être réservé à chacun.

Il faut admettre en principe que les personnes qui peuvent subir les conséquences de la cession sont celles qui ont quelque rapport avec le territoire cédé, lequel rapport pourrait s'induire de la circonstance qu'elles sont nées dans la partie du territoire de l'Etat qui a été cédé ou de celle qu'elles y sont domiciliées.

La naissance est incontestablement le fait primordial le plus décisif dont dérive le rapport qui unit chacun à son pays natif, et comme elle est par elle-même le lien le plus étroit, le plus ancien et le plus persistant, il peut sembler qu'elle doive être considérée comme le critérium le plus sûr pour établir en principe, que toute personne doive suivre les vicissitudes de son lieu natal, quand il arrive que ce lieu passe sous la domination d'une autre souveraineté.

Il faut néanmoins considérer que le siège de la personne juridique est là où elle a sa résidence fixe et le centre de ses affaires et de ses intérêts, c'est-à-dire là où elle fixe son domicile, que le rapport au moyen duquel ce domicile vient à s'établir ne rompt pas complètement le lien supérieur qui unit chaque personne à son lieu de naissance, mais que néan-

moins la population effective de tout pays est formée de tous ceux qui y ont une demeure fixe et qui y exercent leur activité et leurs droits et que, comme le souverain de l'Etat auquel a été annexé un territoire étranger a le droit d'exiger que la population effective de ce territoire ne soit pas formée d'étrangers, il est vraisemblable que les conséquences de l'annexion s'étendent de préférence à toutes les personnes domiciliées dans le territoire cédé.

D'autre part, il y a lieu de considérer que les personnes qui doivent suivre de préférence les vicissitudes du territoire sont celles qui l'habitent d'une façon permanente et qui lui sont unies par le fait du siège principal de tous leurs intérêts et de leur établissement avec toute leur famille. C'est par suite de ces considérations que certains auteurs [1] ont soutenu que ce n'était pas à la naissance, mais de préférence au domicile qu'on devait s'attacher pour décider quelles sont les personnes qui doivent subir la naturalisation collective à la suite de la cession du territoire.

Les arguments sérieux qui motivent chacun des deux systèmes ont suggéré à certains auteurs l'idée de ne s'attacher ni à l'origine ni au domicile exclusivement, mais de prendre en considération alternativement l'un et l'autre fait, et d'admettre que les conséquences de la cession doivent être étendues à toutes les personnes qui sont liées au territoire cédé soit par l'origine, soit par le domicile.

387. — Cette dernière doctrine a prévalu lorsqu'il s'est agi de déterminer les conséquences de la cession des provinces italiennes à la France en 1860. Le traité du 24 mars, qui règla la cession de Nice et de la Savoie, disposa en effet que les dispositions relatives à la conservation ou à la perte de la qualité de citoyen italien devaient être appliquées aux individus nés ou domiciliés dans les provinces cédées : « Les

[1] Demolombe, *Cours du Droit civil*, T. I, n° 157 ; Marcadé, T. I, n° 123. Voir aussi A. Weiss, *Traité de Droit international privé*, p. 217.

« sujets sardes originaires de la Savoie et de l'arrondisse-
« ment de Nice, ou domiciliés actuellement dans ces pro-
« vinces. »

Ce système a toutefois pour résultat de faire subir la perte de la qualité de citoyen, sous les conditions déterminées par le traité, à tous ceux qui sont nés dans le territoire cédé, bien qu'ils aient fixé leur domicile dans une partie quelconque de l'Etat cédant, dont ils doivent être réputés de plein droit citoyens. Cette conséquence nous semble véritablement onéreuse à leur égard, car, comme la qualité de citoyen doit toujours dépendre de la volonté de la personne et comme on doit admettre en principe la présomption que chacun veut conserver la qualité de citoyen acquise jusqu'à déclaration contraire, on doit en déduire que le simple fait de la naissance ne peut pas être considéré comme décisif pour produire le changement forcé de la qualité de citoyen à la suite de la cession, à l'égard des personnes qui, bien que nées sur le territoire cédé, se sont établies dans une autre province de l'Etat et continuent à y résider comme citoyens de cet État. Comment justifier à leur égard le changement nécessaire de la qualité de citoyen à la suite du changement de la souveraineté du territoire qu'ils ont abandonné et où ils ne sont plus domiciliés ? Il est plus raisonnable de présumer qu'ils doivent être considérés comme étant encore citoyens de l'Etat cédant jusqu'à une déclaration expresse contraire.

Il nous semble également onéreux de faire subir les conséquences du traité à toutes les personnes domiciliées, quoiqu'à vrai dire, si nous étions mis en demeure de choisir l'un ou l'autre fait comme décisif, nous inclinerions à donner la préférence à celui du domicile.

Nous disons néanmoins que ce fait, par lui seul, peut avoir une conséquence qui n'est pas justifiée, parce que le fait de demeurer d'une façon stable dans un lieu ne peut être en lui-même décisif pour contraindre forcément une personne à suivre les vicissitudes du territoire. Aujourd'hui on admet qu'on peut être à la fois domicilié et étranger. Nous sommes

dès lors d'avis que, d'après la logique des choses, le mieux est de faciliter aux individus natifs des provinces cédées, qui sont domiciliés dans une autre partie de l'Etat cédant, l'acquisition par une déclaration expresse de la qualité de citoyen de l'Etat cessionnaire, et d'accorder la même faculté aux personnes domiciliées sur le territoire cédé, qui seraient natives d'autres provinces de l'Etat cédant [1]; mais d'admettre en principe que les conséquences de la cession, en ce qu'elles concernent le changement de la qualité originaire de citoyen, doivent être étendues aux seules personnes qui sont natives du territoire cédé et qui y sont domiciliées au moment où cette cession a lieu.

388. — C'est cette manière de voir qui a prévalu lors de la cession de l'Alsace et de la Lorraine. En effet, dans le traité conclu entre la France et l'Allemagne le 10 mai 1871, il fut ainsi disposé : « Les sujets français originaires « des territoires cédés, domiciliés actuellement sur ces ter- « ritoires. » Comme, dans cette disposition, on n'avait pas inséré entre les mots cédés et domiciliés la conjonction alternative *ou*, on admit que, pour déterminer la catégorie des individus auxquels on devait réserver le droit de conserver la qualité de citoyen français, on devait entendre ceux-là seuls qui étaient *natifs* des provinces françaises cédées à l'Allemagne et qui y étaient domiciliés. [2]

[1] L'Etat cessionnaire pourrait, par exemple, par une loi spéciale, disposer que les facilités accordées aux individus qui auraient perdu la qualité de citoyen pour l'acquérir de nouveau (telles que sont par exemple celles contenues dans les art. 5, 6 et 13 du Code civil italien) devraient être étendues aux personnes nées ailleurs et domiciliées sur le territoire cédé et à celles nées sur le territoire cédé et domiciliées ailleurs, qui voudraient acquérir la qualité de citoyen de l'Etat cessionnaire.

[1 bis] Les articles 5, 6, 13 du Code civil italien sont la reproduction des articles 10 et 18 du Code civil français et de la loi française du 22 mars 1849. — (Note du traducteur Ch. A.).

[2] Nous devons, toutefois, dire que la disposition par nous mentionnée a été modifiée par la convention additionnelle de Francfort, conclue le 11 décembre 1871, par laquelle il a été établi que les dispositions du traité

389. — Des difficultés plus sérieuses peuvent se présenter à propos de la détermination des conditions auxquelles doit être subordonné le droit d'opter pour la conservation de la qualité originaire de citoyen.

En admettant, en principe, suivant notre opinion, que le droit d'option doit être réservé aux individus natifs du territoire cédé et qui y sont domiciliés, il est clair qu'il est indispensable de fixer un terme péremptoire pour l'exercice de ce droit. Cela est requis par des raisons supérieures d'intérêt public et privé. Il est, en effet, nécessaire que la condition juridique des personnes ne soit pas trop longtemps indéterminée et que l'intérêt des particuliers soit concilié avec l'intérêt supérieur de la souveraineté, qui doit pouvoir connaître d'après des règles certaines et précises, quels sont les citoyens et quels sont les étrangers. De là il résulte qu'il doit y avoir un terme péremptoire pour exercer le droit d'option et que ce terme doit être limité au temps raisonnablement requis pour mettre toutes les personnes qui veulent opter à même de se prévaloir utilement de leur droit. Il faut, en outre, une déclaration formelle faite conformément à la loi devant l'autorité compétente.

Le délai d'un an, à compter du jour de la ratification du traité de cession, peut certainement être considéré comme suffisant pour opter, en ce qui concerne les individus nés sur le territoire cédé et qui y sont domiciliés et auxquels,

devaient être appliquées non pas aux domiciliés, mais aux individus originaires des provinces cédées bien que domiciliés dans une autre portion du territoire français.

2 *bis*. C'est en ce sens que le traité devait être appliqué aux personnes nées en Alsace-Lorraine bien que domiciliées ailleurs, que le gouvernement français a interprété la convention de Francfort qui, dans son article 1er, proroge d'une année le délai d'option *pour tous les originaires domiciliés hors d'Europe*. Mais le gouvernement allemand, contrairement au texte du traité et de la convention, invoquant le précédent du traité de 1860 entre l'Italie et la France, a toujours prétendu que tous les individus domiciliés au jour de la cession en Alsace-Lorraine, à défaut d'option dans les délais, doivent être considérés comme Allemands. Voir Weiss, *Traité de droit international privé*, p. 235. — (Note du traducteur Ch. A.).

ainsi que nous l'avons dit, on devrait limiter l'application du traité. Si, toutefois, on admettait des règles différentes et si on voulait étendre les conséquences du traité aux natifs même domiciliés en tout autre lieu, on devrait prolonger le terme à l'égard de ceux qui se trouveraient domiciliés à l'étranger et surtout quand ils se trouveraient hors d'Europe, à supposer qu'il s'agit de la cession d'un territoire européen, afin de leur donner la possibilité d'exercer commodément et utilement le droit d'option. [1]

390. — Une des conditions qui peut être imposée aux individus domiciliés sur le territoire cédé qui veulent opter pour la conservation de leur qualité originaire de citoyen peut être le transfert du domicile sur le territoire de l'État cédant. Cette condition peut certainement être considérée comme non contraire aux principes du droit, à la condition, toutefois, qu'il soit établi un délai suffisant pour pouvoir accomplir le transfert du domicile. [2] La souveraineté de l'État cessionnaire peut, avec raison, exiger que les person-

[1] Dans le traité du 24 mars 1860 entre la France et l'Italie, on a fixé le terme péremptoire d'un an à compter du jour de la ratification de cet acte, sans faire aucune différence entre les individus originaires qui se trouvaient en Europe ou hors d'Europe. Ainsi, à l'égard de tous le terme péremptoire commença à courir à partir du 30 mars 1860, date où eut lieu à Turin l'échange des ratifications. Dans le traité du 10 mai 1871, on a aussi fixé le délai d'un an, mais il a été ensuite prorogé d'une autre année par l'article 1er de la convention de Francfort, conclue le 11 décembre 1871, à l'égard des Alsaciens et des Lorrains qui se trouvaient hors d'Europe. Nous trouvons la même disposition dans le traité de Zurich du 19 novembre 1859, qui a accordé le délai de deux années pour opter aux Lombards résidant hors de l'Italie et de l'Autriche.

[2] Certainement, quand il est fixé un délai, la mesure est moins brutale; mais elle l'est quand même. N'est-ce pas, en effet, réduire à peu de chose la faculté d'option que de mettre les citoyens du pays annexé dans l'alternative pénible d'accepter le fait accompli ou d'abandonner leur pays natal pour conserver une nationalité qui leur est chère. Nous constatons que cela est conforme au droit coutumier international actuellement admis; mais nous n'osons pas dire que ce droit, pour être moins barbare que le droit antique qui mettait le vaincu à la complète discrétion du vainqueur, soit digne de peuples qui se disent civilisés. — (Note du traducteur Ch. A.).

nes qui veulent jouir de tous les avantages dont jouit la population fixe ne puissent pas s'exempter des devoirs dérivant de la qualité de citoyens par la simple déclaration qu'ils veulent conserver la qualité de citoyens de l'État cédant, tandis qu'ils continueraient à rester indéfiniment domiciliés sur le territoire cédé. Elle peut, dès lors, imposer l'obligation du transfert de domicile à ceux qui veulent opter pour la conservation de leur qualité de citoyen. Si, toutefois, elle voulait prétendre que ce transfert de domicile devrait être opéré dans un bref délai, en indiquant pour l'accomplir le même terme péremptoire qui, d'après nous, peut être raisonnablement fixé pour opter, cela équivaudrait à faire une violence morale indirecte à ces personnes, en les mettant dans la nécessité, soit de compromettre leur fortune et leurs intérêts par un transfert intempestif de domicile, soit de renoncer au droit d'option par suite de l'impossibilité de transférer leur domicile dans le délai fixé pour l'option. Une période de temps convenable est indispensable pour pouvoir, sans grave préjudice, transporter ailleurs le centre de ses affaires, et il faudrait accorder pour le transfert du domicile un délai au moins d'un an après l'expiration du terme fixé pour opter. On pourrait, du reste, édicter que l'option serait subordonnée à la condition résolutoire du transfert effectif du domicile.

Nous croyons également utile de dire que, si l'on admettait avec nous que l'on devrait considérer comme soumises aux conséquences du traité d'union les seules personnes nées sur le territoire cédé et qui y sont domiciliées, on pourrait décider en ce qui concerne les individus domiciliés mais non originaires, qu'ils devraient être tenus de transférer leur domicile dans le même délai que les individus originaires et domiciliés qui auraient opté pour la conservation de leur qualité de citoyen. Nous disons cela, parce que nous reconnaissons qu'en ce qui les concerne, il existe les mêmes raisons pour les assujettir au transfert du domicile qu'en ce qui concerne les individus originaires et

domiciliés. Dans notre système, la différence entre ces deux catégories de personnes consisterait en ce qu'à l'égard des individus originaires et domiciliés, la cession opérerait la naturalisation collective, si dans le délai fixé ils n'avaient pas opté pour conserver leur qualité de citoyen, et qu'à l'égard des simples domiciliés, l'option ne devrait pas être requise, mais qu'au contraire ils devraient être considérés comme citoyens de l'État cédé jusqu'à déclaration contraire. Comme toutefois, aussi bien en ce qui concerne les uns qu'en ce qui concerne les autres, la souveraineté de l'État cessionnaire a droit et intérêt à ce que la population effective du territoire cédé soit formée de ceux qui acceptent le nouvel ordre de choses, elle peut, aussi bien à l'égard des uns qu'à l'égard des autres, exiger que ceux qui préféreraient continuer d'être citoyens de l'État cédant transférassent, dans un délai raisonnable, leur domicile sur le territoire de cet État. [1]

391. — Nous trouvons, au contraire, exorbitant en tout point de soumettre les individus qui voudraient conserver la qualité de citoyen de l'État cédant à vendre leurs propriétés immobilières, comme cela a été établi dans le traité de San-Stéphano, conclu entre la Russie et la Turquie le 19 février 1878, et confirmé dans le traité de Constantinople du 8 février 1879 qui y a été substitué. [2]

[1] Dans le traité de cession de Nice et de la Savoie, il a été convenu que les personnes qui voudraient conserver la qualité de citoyen italien devraient transférer leur domicile sur le territoire italien dans le délai d'un an. Cette convention a été considérée comme onéreuse même par les auteurs français. Voir De Folleville, *De la naturalisation*, p. 217.

[2] Dans l'un et l'autre de ces traités, on trouve, en effet, la clause suivante : « Les habitants des localités cédées à la Russie qui voudraient « fixer leur résidence hors de ces territoires, seraient libres de se retirer « *en vendant leurs proprietés immobilières*. Un délai de trois ans leur « sera accordé à cet effet à partir de la ratification du présent article. « Passé ce délai, les habitants qui n'auraient pas quitté le pays et vendu « leurs immeubles resteront sujets russes. » — Notons, toutefois, que le traité de Berlin ne contient aucune clause relative à la nationalité des habitants des pays cédés.

392. — Maintenant nous allons examiner les conditions qui doivent régler la déchéance du droit d'opter à l'égard des personnes appelées à l'exercer. Nous avons déjà dit comment il doit être fixé un terme péremptoire pour opter et comment l'échéance de ce terme doit par elle-même produire la perte de la qualité de citoyen et la naturalisation de toute personne qui n'a pas fait la déclaration d'option nécessaire pour conserver la qualité de citoyen de l'Etat cédant.

Il est incontestable que cet effet doit se produire sans aucune autre formalité en ce qui concerne tous les individus majeurs au moment de la conclusion du traité de cession. L'échéance du délai fixé sans option de leur part doit par elle-même suffire pour produire la déchéance de leur droit de conserver leur qualité originaire de citoyen et pour faire présumer qu'ils ont consenti à devenir citoyens de l'Etat cessionnaire en vertu de la naturalisation collective résultant de la cession.

Toutefois, la question peut être raisonnablement controversée en ce qui concerne les personnes incapables de faire la déclaration d'option, tels que les mineurs et les femmes mariées.

393. — Nous avons démontré plus haut que la qualité acquise de citoyen doit être réputée un droit personnel à l'égard de tout individu, et même du mineur, et que la faculté d'en disposer, d'y renoncer et d'en acquérir une nouvelle ne doit pas être attribuée à d'autres qu'à la personne elle-même, quand elle en a la capacité [1]. Il faut dès lors admettre que ce principe doit être respecté, même lorsqu'il y a lieu d'opter entre la conservation de la qualité originaire de citoyen et l'acquisition de la qualité de citoyen de l'Etat cessionnaire en cas de cession d'un territoire.

Si chacun doit pouvoir opter dans un terme péremptoire établi par le traité, comment ce principe peut-il se concilier

[1] Voir §§ 340-343.

avec le respect du droit qui appartient au mineur de ne pouvoir pas être privé de sa qualité de citoyen à son insu et sans un fait libre et volontaire de sa part ?

Si on admettait la règle posée par certains auteurs et consacrée par la jurisprudence [1], que le simple fait par le père d'avoir accepté la qualité de citoyen de l'Etat cessionnaire, en n'ayant pas opté dans le délai légal, doit suffire pour entraîner la naturalisation du mineur, il en résulterait que l'on attribuerait au père la faculté de disposer de l'état public et de la condition juridique du mineur, qui pourrait être ainsi empirée.

Etant donné que le droit de se choisir une patrie d'élection est un droit individuel et personnel et que l'on doit considérer comme tel le droit d'opter, comment attribuer au père ou au représentant légal du mineur la faculté de disposer de la nationalité de celui-ci ? On allègue que la condition du fils doit être subordonnée à celle du père et que cette subordination est inhérente à la puissance paternelle ; mais on peut dire que la puissance paternelle qui implique la subordination du fils mineur est instituée pour l'avantage de ce dernier et que l'on arriverait à méconnaître la nature de cette institution juridique si on admettait que la puissance paternelle pourrait être invoquée contre le fils, comme elle le serait si le père, par négligence ou par calcul, n'optait pas pour conserver sa propre qualité de citoyen et occasionnait ainsi la perte de la qualité de citoyen acquise de plein droit par son fils mineur au moment de sa naissance. Toutes les raisons, invoquées pour démontrer que le changement volontaire de la qualité de citoyen de la part du père ne doit pas produire par lui-même le changement de la qualité originaire de citoyen du mineur, peuvent servir également à établir qu'en cas de cession, le changement devant aussi être subordonné à une option volontaire, le fait du père doit être

[1] Voir l'arrêt du 22 décembre 1862 de la Cour de Chambéry, Dalloz, 1863, II, p. 97, et celui de la Cour d'Aix du 27 mai 1865.

considéré comme sans effet sur les droits qui, par leur nature, sont essentiellement personnels au fils. Par conséquent, même dans le cas de cession, on ne saurait lui attribuer le pouvoir exceptionnel d'imposer à son fils mineur telle ou telle nationalité.

394. — Les inconvénients pratiques qu'a présentés l'application du traité de 1860, pour avoir soumis les mineurs de la Savoie et de Nice à suivre la condition de leur père, peuvent aussi servir d'arguments en faveur de la théorie contraire qui est la nôtre. En effet, ce traité ayant établi un délai péremptoire d'un an pour opter, et les Cours françaises ayant décidé que le droit d'option pour les mineurs des provinces italiennes devait être considéré comme confondu avec celui du père, leur représentant légal, il en est résulté que plusieurs mineurs niçois et savoyards, qui avaient fait leur éducation à l'académie militaire de Turin et qui avaient été nommés officiers italiens durant leur minorité, ont été néanmoins considérés comme Français par la France, pour la raison que leurs parents n'avaient pas opté. Un cas digne d'être noté parmi les autres c'est celui de Jean Rostainy, originaire de la Savoie. Mineur de 20 ans au moment de la cession, il avait déclaré, le 11 janvier 1861, devant le Consul sarde, vouloir conserver sa qualité de citoyen italien et, avec le consentement de son père, il avait fixé son domicile à Turin. Il avait renouvelé sa déclaration aussitôt qu'il avait atteint sa majorité et avait pris du service dans l'armée italienne. Il fut néanmoins considéré comme français, astreint au service militaire en France, malgré ses protestations, et sur l'instance du préfet de la Savoie, il fut qualifié comme tel par la Cour de Chambéry, par arrêt du 22 décembre 1862.

Cet arrêt donna lieu à des critiques bien fondées même en France. On observa, en effet, que l'impuissance légale d'exercer un droit ne pouvait pas causer la perte de la jouissance de ce droit : que le droit d'opter ne pouvait être effectif pour les mineurs savoyards et niçois, qu'en admettant en leur fa-

veur le droit d'opter dans l'année de leur majorité : que cette faculté était plus conforme à l'esprit du traité et aux principes mêmes consacrés dans la législation française, qui n'admet pas que le fils doive suivre la condition du père en cas de changement de qualité de citoyen de la part de celui-ci. Toutes ces bonnes raisons furent vainement invoquées, parce que l'on prétendit que la cession d'un territoire devait être considérée comme un cas de force majeure et que l'on ne pouvait pas étendre, dans l'intérêt privé des personnes, les termes établis pour l'exécution complète du traité de cession.

395. — Persévérant dans notre opinion [1], nous dirons que l'exécution complète d'un traité, en tant qu'il a pour but de protéger les droits qui appartiennent aux personnes, doit être subordonnée à tout ce qui peut être requis pour que ces droits soient complètement garantis. Or, comme le droit de choisir entre l'acquisition de la nouvelle nationalité et la conservation de l'ancienne est un droit essentiellement personnel et que le père ne peut pas exercer pour son fils mineur (puisque parmi les pouvoirs dont il est investi ne se trouve pas celui d'imposer au fils mineur la qualité de citoyen qui lui convient le mieux), il est indispensable, pour ne pas priver le mineur d'un droit aussi important, de lui accorder la faculté d'opter dans l'année à compter de sa majorité [2].

Ce système est certainement le plus conforme aux princi_

[1] Voir § 70 de la 1re édit. italienne de cet ouvrage, 1869.

[2] En vain, à la suite du traité de 1871, le Gouvernement français demanda au Gouvernement allemand de suspendre le droit pour les mineurs d'opter jusqu'à leur majorité. Le Gouvernement allemand répondit qu'ils devaient pour les délais être assimilés aux majeurs et que leurs déclarations d'option seraient valables avec l'assistance de leurs représentants légaux. Dans ces conditions, par sa circulaire du 30 mars 1872, le ministre français, M. Dufaure, prescrivait de recevoir les déclarations des mineurs avec l'autorisation de leurs tuteurs ou de leurs pères.

Quoi qu'il en soit, les autorités allemandes n'ont jamais admis le mineur à opter personnellement et ont toujours été d'avis, qu'il suivait la condition de son père ou son tuteur. Compar. A. Weiss, *Traité de Droit international privé*, p. 237 et suiv. — (Note du traducteur Ch. A.).

pes généraux du droit. Aussi ne trouvons-nous pas plus acceptable un troisième système proposé par certains auteurs et consistant à accorder aux mineurs une capacité exceptionnelle en cas de cession, celle d'opter eux-mêmes nonobstant leur minorité, avec l'assistance de leurs représentants légaux. Il faut, en effet, reconnaître qu'un tel expédient changerait uniquement en apparence l'état des choses, mais qu'en substance, comme les mineurs d'un âge peu avancé ne pourraient avoir aucune participation dans l'option qu'ils devraient faire, on en reviendrait sous une forme différente à attribuer au père ou au représentant légal du mineur la faculté de disposer eux-mêmes de la nationalité de celui-ci. Etant donné que chacun doit être juge indépendant, quand il s'agit de rompre les liens qui l'unissent à sa patrie, il en résulte qu'un tel jugement ne peut être fait que par le mineur lui-même lorsqu'il en aura la capacité [1] et que l'on ne saurait admettre pour un tel acte éminemment personnel la représentation légale du tuteur ou du père.

L'unique dérogation aux principes généraux, qu'il nous semble raisonnable d'admettre en cas de cession, est que l'option de la part des mineurs puisse être faite dans l'année où ils seraient astreints au service militaire. Nous admettons cette dérogation, parce que d'une part on écarte ainsi les difficultés administratives, et parce que, d'autre part on peut présumer qu'à l'époque où l'individu est astreint au service militaire, il a un jugement suffisamment éclairé de ses propres intérêts pour opter en pleine liberté.

396. — La condition juridique de la femme mariée mérite une considération toute spéciale en cas de cession de territoire. Nous avons dit plus haut que, d'après les vrais

[1] Ce système a été formellement consacrée dans le traité du 10 août 1877 entre la France et la Suède, qui rétrocédait l'île de St-Barthélémy à la France. Il y est en effet stipulé que les mineurs auront un an à partir de leur majorité d'après la loi française pour opter (art. 2). — (Note du traducteur Ch. A.).

principes, la femme doit suivre la condition de son mari quand elle s'unit à lui par le mariage, mais que par la suite elle a le droit de conserver la qualité de citoyen acquise en vertu du mariage lui-même, de façon que le changement de qualité de citoyen du mari au cours du mariage ne doive pas produire le même changement de la part de la femme, contrairement à son intention contraire[1]. Nous avons en outre démontré que la femme ne peut pas, durant le mariage, acquérir la nationalité étrangère, pas même dans l'hypothèse où elle serait légalement séparée de corps[2]. De ces deux principes, nous déduisons que, pour respecter les droits individuels de la femme en cas de cession de territoire, il faut admettre en sa faveur le droit d'opter pour la conservation de la nationalité acquise, si le mari ne veut pas s'en prévaloir, mais préfère devenir étranger, et qu'elle n'a pas besoin de l'autorisation de son mari ou de justice pour exercer valablement un tel droit. D'autre part, si le mari voulait conserver sa qualité de citoyen, c'est-à-dire celle acquise par la femme en vertu du mariage, celle-ci ne pourrait pas prétendre choisir la qualité de citoyen étranger, parce que le droit d'acquérir la naturalité étrangère durant le mariage ne peut lui être accordé, soit qu'elle vive unie à son mari, soit qu'elle soit légalement séparée de lui. Nous admettons dès lors que l'on devrait seulement réserver à la femme mariée le droit d'opter pour conserver sa qualité de citoyen, si son mari ne voulait pas se prévaloir de ce droit.

Nous acceptons cette théorie de préférence à toute autre pour rester conséquent avec nous-même. Étant donné, en effet, que le droit de la famille doit être déterminé par la nationalité du mari au moment du mariage : que la nationalité acquise par la femme doit être réputée un droit individuel dont seule elle peut disposer quand elle en a la

[1] Voir § 338.
[2] Voir §§ 271-273.

capacité, et que le mari en se faisant naturaliser à l'étranger ne peut pas, par son fait, rendre sa femme étrangère, il en résulte que si le mari préférait acquérir la qualité de citoyen de l'État cessionnaire, il ne pourrait pas imposer cette nationalité à la femme et lui faire perdre celle acquise par le mariage. Nous ne saurions admettre d'autre part que l'on doive accorder à la femme mariée le droit d'option dans toute sa plénitude, de façon à lui attribuer la pleine faculté de choisir entre l'acquisition de la nouvelle qualité de citoyen et la conservation de la qualité originaire de citoyen. En effet, comme tout son droit consiste à conserver la qualité de citoyen par elle acquise en vertu du mariage, il ne saurait lui être permis de faire un choix pour acquérir à son gré la qualité de citoyen de l'État cessionnaire, parce que, durant le mariage, elle n'a pas le pouvoir d'acquérir une naturalité étrangère, soit qu'elle vive en commun avec son mari, soit qu'elle soit séparée de corps. Le droit qui lui appartient peut dès lors consister à faire la déclaration qu'elle veut conserver la qualité de citoyen acquise par le mariage.

Nous ne saurions négliger de dire que, si la conservation de la nationalité de l'État cédant était subordonnée à la condition du transfert effectif du domicile sur son territoire, la femme mariée se trouverait exposée à ne pouvoir remplir cette condition, parce qu'elle ne peut pas fixer son domicile à son gré. Par conséquent, si son mari avait préféré devenir citoyen de l'État cessionnaire et s'il avait conservé son domicile sur le territoire annexé, la femme ne pouvant contre la volonté de son mari fixer ailleurs son domicile, se trouverait dans l'impossibilité de rendre efficace l'option par elle faite pour conserver sa qualité de citoyen.

Nous rappellerons ce que nous avons dit plus haut [1], et nous ajouterons que si dans les traités de cession on voulait respecter d'une façon jalouse les droits individuels

[1] Voir § 338.

et n'imposer à personne la qualité de citoyen contre sa volonté, on pourrait faire une exception relativement au domicile pour ceux qui ont un domicile imposé par la loi, et admettre que le défaut de transfert du domicile ne devrait pas entraîner pour eux la déchéance de l'option, mais qu'on devrait soumettre à l'obligation du transfert du domicile les seuls individus capables de le fixer à leur gré[1].

397. — La théorie que nous avons exposée n'est certainement pas conforme à celle admise dans les traités de cession. Nous constatons, au contraire, que, lors de la cession de Nice et de la Savoie et de celle de l'Alsace et de la Lorraine, aucune clause ne fut insérée pour sauvegarder le droit des femmes mariées, et que par conséquent on décida, en ce qui les concerne, par application des principes généraux. Par conséquent, comme aux termes de la loi allemande, la femme mariée suit la condition de son mari, même dans l'hypothèse où celui-ci acquiert la nationalité allemande durant le mariage, on a considéré comme allemandes et non comme françaises les femmes de tous les Français des provinces cédées qui étaient devenus Allemands et avaient perdu la qualité de citoyen français.

Nous devons aussi noter que, dans l'application des traités de cession, on a cherché à étendre, autant que possible, la catégorie des personnes soumises à la naturalisation collective, et nous devrons exposer les controverses résultant de l'interprétation des dispositions relatives à la qualité de citoyen.

[1] Il est de fait que c'est une anomalie que d'accorder à une personne donnée un droit soumis à une condition qu'elle est dans l'impossibilité absolue de remplir, et tel est ici le cas de la femme mariée, qui aurait la faculté d'opter sans l'assentiment de son mari et qui ne pourrait user de son droit d'option, parce qu'elle ne pourrait accomplir la condition de transfert de domicile auquel ce droit serait subordonné. Mais nous allons plus loin et nous persistons à dire qu'il n'y a de liberté d'option pour personne quand elle est subordonnée au transfert du domicile. Voir *suprà* note 2, p. 445. — (Note du traducteur Ch. A.).

398. — Dans tous les traités, les personnes astreintes à faire la déclaration requise pour conserver leur qualité de citoyen ont été désignées par l'expression *originaires*. Or, on s'est demandé si ce mot devait être entendu dans le sens qu'il a d'après le droit civil, ou autrement. Voët, en parlant du rapport qui dérivait de l'*origo* en droit romain, s'exprimait ainsi : « *Est autem originis locus in quo quis natus* « *est, aut nasci debuit, licet forte re ipsa alibi natus esset,* « *matre in peregrinatione parturiente*[1]. » On a toutefois admis que le sens attribué à ce mot dans le langage diplomatique devait être considéré comme restreint et indiquer le rapport qui s'établit avec le territoire au moyen du fait réel d'y être né, et que dès lors on ne devrait pas comprendre sous la dénomination d'*originaires*, les personnes qui, étant nées dans une autre localité de l'État cédant de parents natifs du territoire cédé, n'avaient aucun rapport avec ce territoire, ni à raison de la naissance, ni à raison du domicile. En un mot, le rapport qui dérive de la filiation n'a pas été réputé décisif pour attribuer la qualification d'*originaires* du lieu dont sont natifs leurs parents, à ceux qui sont nés ailleurs et qui sont domiciliés ailleurs. Nous trouvons cette doctrine formulée dans l'interprétation donnée au traité du 10 mai 1871 entre la France et l'Allemagne, telle qu'elle résulte d'une note officielle du ministre français, en date du 14 septembre 1872, où on lit : « Le gouvernement alle- « mand a déclaré que le mot *originaires* ne s'applique qu'à « ceux qui sont nés dans les territoires cédés[2]. » Nous la trouvons aussi consacrée dans le jugement du tribunal de Lyon du 24 mars 1877, à propos d'un certain Durand, originaire de la Savoie. « Il faut reconnaître, disait le tribu-

[1] *Ad Pand.*, T. I, § 91.

[2] Quoi qu'il en soit, contrairement au sens diplomatique, les autorités allemandes considèrent comme Allemand le mineur né en dehors de l'Alsace-Lorraine de parents alsaciens-lorrains qui n'y étaient pas domiciliés lors de l'annexion comme originaire, si son père ou son tuteur n'ont pas opté pour la France. — Voir A. Weiss, *Traité de droit international privé*, p. 238. — (Note du traducteur Ch. A.).

« nal, que le mot *originaire* n'a pas dans la langue diplo-
« matique et des traités internationaux la signification
« étendue qu'il a dans le langage des lois civiles ; qu'il est
« employé dans les traités diplomatiques comme indiquant
« le lieu de la naissance, et non pas les liens de filiation,
« et qu'on veut, par l'application restreinte de ce terme,
« éviter les difficultés pratiques qui résulteraient de la re-
« cherche de ces liens de filiation. »

399. — En admettant cette doctrine, et étant donné que le traité du 24 mars 1860 a imposé l'obligation de la déclaration d'option dans l'année à compter de la ratification à tous les individus originaires de la Savoie ou de l'arrondissement de Nice ou domiciliés actuellement dans ces provinces, pour conserver la qualité de citoyens italiens, tous ceux qui étaient majeurs et nés dans une autre partie quelconque du territoire soumis au roi de Sardaigne de parents niçois ou savoyards et qui n'étaient pas domiciliés dans le territoire cédé à la France le 24 mars 1860 doivent être réputés aujourd'hui de plein droit italiens, bien qu'ils n'aient fait aucune déclaration. C'est qu'en effet l'obligation de la déclaration étant imposée aux personnes originaires des provinces cédées et aux individus domiciliés dans ces provinces, ils ne pouvaient être compris dans aucune de ces deux catégories, puisque, bien que nés de parents savoyards ou niçois, ils n'ont pas pu être réputés originaires de la Savoie ou de Nice, puisque nous avons supposé qu'ils étaient nés ailleurs.

A l'égard des individus qui étaient mineurs et nés dans d'autres provinces italiennes de parents savoyards ou niçois, une question très délicate peut se présenter sur le point de savoir s'ils doivent être réputés actuellement français parce que leur père n'a pas usé en temps utile de sa faculté d'option pour conserver la qualité de citoyen italien.

Aux termes de la loi française, on admet que la qualité de citoyen d'un individu dépend de sa filiation, mais que le fils

ne suit pas la condition du père en cas de changement de qualité de citoyen, et que dès lors sa qualité originaire de citoyen est celle de son père au moment de sa naissance, et qu'elle est indépendante des changements postérieurs qui peuvent être la conséquence du fait du père.

400. — Si l'on considère que le traité de cession a imposé l'obligation d'opter aux individus natifs des provinces cédées ou qui y sont domiciliés, et que par conséquent cette obligation ne pouvait être considérée comme imposée à ceux qui étaient domiciliés ailleurs et nés dans une autre partie du territoire de l'État italien parce qu'ils ne pouvaient être réputés ni domiciliés ni originaires, on peut se demander si, dans l'hypothèse où un Niçois ou un Sovoyard domicilié en dehors des provinces cédées avait un fils né hors de ces provinces, ce fils était devenu de plein droit Français parce que son père n'avait pas opté pour conserver la qualité de citoyen italien.

Aux termes du Code civil italien, on peut soutenir que le fils mineur doit suivre la condition du père, et qu'il doit être réputé étranger si son père a perdu la qualité de citoyen italien, sauf le cas où il a continué à résider dans le royaume. Comme, du reste, aux termes de l'article 1er de la loi transitoire de 1865, cette disposition a été étendue aux fils mineurs de celui qui a acquis la qualité de citoyen étranger même avant la mise en vigueur du nouveau Code, le doute devrait être résolu en ce sens qu'on devrait considérer ce fils mineur comme Français, parce que son père serait devenu Français, si depuis la cession des provinces à la France la famille y avait établi sa résidence.

Le doute subsisterait cependant toujours dans l'hypothèse d'une famille savoyarde établie, par exemple, à Turin à l'époque de la cession de la Savoie, lorsque le fils serait né à Turin et que le père n'aurait pas usé de la faculté d'opter pour la nationalité italienne, mais aurait néanmoins continué à résider à Turin, ou bien aurait fait élever son fils dans

cette ville ou dans toute autre ville italienne. Ce mineur ne pourrait certainement pas être réputé Français, car il n'est pas devenu tel à la suite du traité de cession et du défaut d'option, parce qu'il n'était pas personnellement tenu de remplir l'obligation imposée par le traité, par le motif qu'étant né à Turin, il ne pouvait pas être réputé natif de la Savoie ; il n'est pas devenu Français par suite de la perte de la qualité de citoyen italien par son père, car ce résultat ne pouvait être atteint d'après la loi italienne que s'il n'avait pas continué à résider dans le royaume : il devrait dès lors être réputé Italien, bien que son père soit devenu Français.

Aux termes du Code civil français, il devrait toujours être réputé Italien, parce qu'aux termes de ce Code, la nationalité est considérée comme une qualité personnelle, dont la personne seule peut disposer, quand elle a la faculté de manifester librement sa volonté. Les tribunaux français ont, en effet, appliqué cette règle aux fils mineurs nés à Paris de parents alsaciens, et le tribunal de la Seine a décidé que ces enfants devaient être réputés Français, bien que leurs parents eussent perdu la qualité de citoyens français par suite du défaut d'option. « La nationalité d'un individu, di-
« sait le tribunal, dépend de sa filiation ; par suite, si la na-
« tionalité du fils est à l'origine la même que celle du père,
« elle est, par la même raison, indépendante du change-
« gement de volonté de celui-ci, aussi bien que de toute cir-
« constance qui ne lui serait pas personnelle ». [1]

401. — Les principes que nous avons exposés peuvent servir à déterminer l'application du traité de 1871, qui a réglé la condition des personnes appartenant aux provinces françaises cédées à l'Allemagne. Étant donné que ce traité a soumis à l'obligation de la déclaration les originaires do-

[1] Trib. de la Seine, 1re Cham., 19 mai 1874, Blum c., Préfet de la Seine, (*Journ. du Droit internat. privé*, 1875, p. 191).

miciliés et qu'il résulte des notes échangées entre les deux gouvernements que par l'expression d'originaires on a entendu désigner les individus nés dans les provinces cédées à la France, on doit en conclure que les seuls Français nés effectivement en Alsace et en Lorraine et qui y avaient leur domicile peuvent être réputés Allemands et non plus Français pour ne pas avoir fait la déclaration d'option dans le délai fixé, mais qu'au contraire ceux qui étaient nés de parents alsaciens ou lorrains dans toute autre partie de la France doivent être réputés de plein droit Français, quand même ils n'auraient fait aucune déclaration, pour le motif que, ne pouvant être considérés comme originaires de l'Alsace et de la Lorraine, ils ne peuvent pas être regardés comme compris parmi les personnes qui, d'après le traité devaient faire une déclaration pour conserver la qualité de citoyen français. [1] Il est vrai que le gouvernement de l'Empire d'Allemagne ayant imposé à tous indistinctement l'obligation de transférer leur domicile ailleurs pour conserver la qualité de Français, a pu rendre ainsi inefficace le droit de conserver la qualité de Français pour toutes les personnes qui, bien que nées dans les autres provinces de la France, avaient leur domicile dans les provinces cédées. Nous croyons toutefois utile de dire que, relativement à la France, la conservation de la qualité de citoyen français n'est pas subordonnée à l'obligation d'avoir son domicile en France, et que l'obligation de faire une déclaration pour conserver la qualité de citoyen français a été imposée aux seules personnes qui pouvaient être considérées comme comprises dans les dispositions du traité. Par conséquent, en France, toutes celles qui étaient nées dans les autres provinces françaises et qui étaient seulement domiciliées dans les provinces cédées, ne peuvent pas être considérées comme ayant perdu la qualité de citoyen français pour ne pas avoir fait leur

[1] Voir Cour de Paris, 24 juillet 1874 (*Journal du Palais*, 1875, p. 940 et la note importante de de Cauwès sous cet arrêt).

déclaration dans le terme légal ; car cette obligation étant imposée à celles-là seulement qui étaient originaires et domiciliées « on ne peut considérer comme originaires de l'Alsace et de la Lorraine celles qui sont nées dans les autres provinces françaises. » On peut donc admettre que ces personnes doivent être considérées de plein droit comme françaises, sauf à décider ensuite qu'elles ont pu perdre la qualité de citoyen français, pour avoir établi et avoir continué à posséder leur domicile dans des provinces actuellement allemandes sans esprit de retour en France et avoir ainsi acquis la qualité de citoyen de l'Empire d'Allemagne.

402. — Dans le même ordre d'idées, il faut aussi admettre que les individus nés avant 1860 dans les provinces de Nice et de la Savoie de parents natifs des autres provinces sardes, et qui n'ont pas fait dans le délai d'un an la déclaration qu'ils voulaient continuer d'être Italiens, doivent aujourd'hui être réputés Français. En effet, étant originaires des provinces cédées à la France et se trouvant ainsi dans la catégorie des personnes qui devaient faire une déclaration d'option pour conserver la nationalité italienne, ils ont été soumis à la naturalisation collective dérivant de la cession.

Nous reconnaissons que c'est là une conséquence véritablement injustifiable et contraire aux principes du droit, (ce qui confirme les arguments que nous avons déjà exposés pour démontrer combien est onéreuse la disposition du traité de 1860 qui a soumis aux conséquences de la cession tous les individus originaires et domiciliés). Toutefois, il est incontestable que c'est là la conséquence nécessaire du traité, aux termes duquel toutes les personnes nées dans les provinces cédées à la France, qui n'ont pas déclaré vouloir conserver la qualité de citoyen italien doivent aujourd'hui être réputées Françaises, puisqu'il y est stipulé que sont Français : 1° les Sardes nés en Savoie ou à Nice ; 2° les Sardes domiciliés en Savoie ou à Nice qui n'ont pas fait dans l'année la déclaration qu'ils veulent conserver leur qualité de citoyen.

En interprétant rigoureusement le traité de 1860, on devrait appliquer la même règle aux mineurs nés dans les provinces italiennes cédées à la France de parents originaires d'autres provinces italiennes. Étant donné, en effet, que l'expression *originaires* des territoires cédés équivaut, d'après le sens qui lui est donné dans les traités à l'expression *nés* dans les territoires cédés, et que pour la détermination du rapport d'origine la filiation n'est pas décisive, il en résulte que tous ceux qui en 1860 se trouvèrent personnellement dans les conditions établies par le traité durent être soumis aux conséquences de cet acte. Dès lors, comme la qualification d'*originaire* dépend du fait de la naissance, et non de la condition juridique du père, il en résulterait que les mineurs nés en Savoie ou à Nice de parents originaires d'autres provinces italiennes devraient être réputés aujourd'hui Français, pour n'avoir pas fait la déclaration d'option requise par le traité.

Cette conséquence aurait été une violation ouverte des principes du droit, elle aurait été manifestement en contradiction avec l'esprit du traité. Cela démontre clairement comment cet acte a été rédigé dans une forme mal déterminée et qui se prête à attribuer forcément la qualité de citoyens français au plus grand nombre possible de personnes.

403. — Il est vrai que la conséquence que nous avons indiquée ne pouvait pas être admise aux termes du Code civil italien, qui, consacrant le principe de l'unité de la famille, a admis la règle que le fils doit suivre la condition du père en ce qui concerne la qualité de citoyen. Toutefois, elle aurait pu être admise d'après la loi française, d'après laquelle le fils mineur peut avoir une qualité de citoyen différente de celle du père, [1] s'il n'avait pas été disposé autre-

[1] Voir le jugement du tribunal civil de la Seine, 1re chambre, du 19 mai 1874 (*Journal du droit international privé*, 1875, p. 191).

ment par le décret promulgué par le gouvernement français le 30 juin 1860.

L'article 2 de ce décret est ainsi conçu : « Les sujets sar- « des encore *mineurs, nés en Savoie et dans l'arrondissement* « *de Nice*, pourront, dans l'année qui suivra l'époque de « leur majorité, réclamer la qualité de Français, en se con- « formant à l'article 9 du Code civil. »

Cette disposition, ce nous semble, a écarté la contradiction énorme d'imposer forcément la qualité de citoyen français à tous les mineurs nés dans les provinces cédées à la France de parents italiens qui s'y trouvaient accidentellement. Cette contradiction est d'autant plus énorme que le traité ne contient aucune disposition pour réserver le droit d'option aux mineurs et que les tribunaux français ont ensuite décidé qu'on ne devait pas admettre ce droit pour les mineurs dans l'année qui suivrait leur majorité et que, par conséquent, il serait résulté pour eux qu'ils se seraient trouvés dans la situation absurde d'être forcément citoyens français par suite de l'annexion et comme conséquence du simple fait pour eux d'être nés accidentellement en Savoie ou dans l'arrondissement de Nice antérieurement au 24 mars 1860.

Ainsi, il nous semble qu'on doit interpréter l'article 2 du décret, en ce sens qu'il a eu pour objet de régler la condition des mineurs nés dans les provinces cédées de parents originaires d'autres provinces italiennes, dans l'hypothèse où ceux-ci auraient continué à être Italiens, ainsi qu'ils l'étaient précédemment. Comme, dans cette hypothèse, leurs fils devaient être réputés Italiens, d'après la loi sarde, sans nécessité de faire aucune déclaration, parce qu'ils devaient suivre la condition de leur père, le législateur français, qui ne pouvait pas méconnaître l'efficacité de la loi sarde et qui, tout au plus, pouvait les considérer comme Français d'après le traité de cession, entendit régulariser leur position en leur permettant d'acquérir la qualité de citoyen français en se conformant, dans l'année qui suit leur ma-

jorité, aux prescriptions de l'article 9 du Code civil français.[1]

Il est clair, d'après notre manière de voir, qu'actuellement, parmi les mineurs nés dans les provinces cédées à la France de parents originaires d'autres provinces italiennes, ceux-là seuls qui ne se sont pas conformés à la disposition de l'article 2 du décret français du 30 juin 1860, peuvent être réputés Français à la fois à l'égard de l'Italie et de la France ; que les autres mineurs nés en Savoie et dans l'arrondissement de Nice de parents natifs d'autres provinces italiennes, qui ont dans l'année, à compter de leur majorité, déclaré vouloir être Italiens, doivent être réputés tels de plein droit à l'égard de l'Italie et à l'égard de la France ;[2] que, finalement, ceux qui n'ont fait aucune déclaration ni aux termes du traité du 24 mars 1860, ni aux termes du décret français du 30 juin 1860, peuvent tout au plus être réputés Français à l'égard de la France et Italiens relativement à l'Italie, pour les motifs que nous avons exposés.

404. — Une dernière difficulté, relative aux traités de cession, est celle de savoir si les stipulations de ces actes peuvent être modifiées par une loi promulguée par l'une ou l'autre des parties contractantes. En principe, il faut reconnaître que tout traité étant un acte synallagmatique dont dérivent des droits et des obligations réciproques, il ne peut pas être substantiellement modifié par une seule des parties

[1] Notre interprétation est conforme à celle donnée par voie administrative par les deux gouvernements dans les notes diplomatiques échangées entre eux les 22 juillet et 7 novembre 1874 (Voir la *Collection des traités italiens*, T. V, p. 221 et *Journal du droit international privé*, 1877, p. 105). Dans ces notes, il a été reconnu, en ce qui concerne l'obligation du service militaire, que parmi les mineurs nés accidentellement en Savoie ou à Nice, on devait réputer Italiens ceux qui n'auraient pas fait la déclaration prescrite par le décret français.

[2] Nous avons soutenu plus haut que le droit d'opter attribué par le traité devait être exercé par les mineurs dans l'année à compter de leur majorité. Voir Cour de cassation de Turin, 11 juin 1874 (Lattes c. Préfet de Cunéo).

contractantes, surtout en tant qu'il attribue des droits aux particuliers.

Par conséquent, on doit admettre que les règles consacrées par un traité de cession, afin de régler la conservation ou la perte de la qualité de citoyen des habitants des provinces cédées, doivent être observées et respectées par les parties en tant qu'elles attribuent des droits aux particuliers. On ne peut certes pas refuser à l'une d'elles le droit d'accorder aux particuliers par une loi, des droits plus étendus que ceux qui dérivent du traité, mais non pas la faculté de modifier d'une façon substantielle l'état de choses établi par le traité.

405. — On peut, en appliquant ces principes, résoudre la controverse née à la suite du décret français du 30 juin 1860, qui statue sur la qualité de citoyen des sujets sardes appartenant aux provinces cédées à la France.

L'article 1er de ce décret est ainsi conçu:

« Les sujets sardes *majeurs* et dont le *domicile* est établi « dans les territoires réunis à la France par le traité du 24 « mars 1860, auront, pendant le cours d'une année à partir « des présentes, le droit de réclamer la qualité de Français. « Les demandes adressées à cet effet aux préfets des dépar- « tements, où se trouve leur résidence, seront, après in- « formations, transmises à notre garde des sceaux, minis- « tre de la justice, sur le rapport duquel la naturalisation « sera, s'il y échet, accordée sans formalités et sans paie- « ment de droits. »

Il peut sembler, à première vue, que le décret ayant accordé aux majeurs domiciliés dans les territoires italiens réunis à la France, la faculté de réclamer la qualité de Français dans le délai d'un an à partir de sa date, tous ceux qui n'ont pas rempli cette condition ne sont pas devenus de plein droit Français uniquement en vertu de l'annexion et des dispositions du traité du 24 mars 1860. Toutefois, en

admettant cette interprétation, il en résulterait que le décret français du 30 juin 1860 aurait modifié d'une façon substantielle la disposition de l'article 6 du traité du 24 mars 1860 conclu entre l'Italie et la France. Il était, en effet, établi par cet article que les Sardes *originaires* de la Savoie et de l'arrondissement de Nice, *ou domiciliés* dans ces provinces, étaient devenus de plein droit Français en vertu de l'annexion, s'ils n'avaient pas fait la déclaration de vouloir conserver la qualité de citoyen italien dans l'année de la ratification du traité. Aux termes de cette disposition, il n'était dès lors besoin d'aucune déclaration de la part des individus domiciliés pour devenir Français, au contraire, ils devaient être considérés comme tels de plein droit par le seul fait de n'avoir fait aucune déclaration de vouloir demeurer Italiens : tandis qu'en donnant au décret l'interprétation que nous avons indiquée, ils auraient dû réclamer la qualité de Français dans l'année à compter de sa date, et, par conséquent, on n'aurait pas pu considérer de plein droit comme Français tous ceux qui n'auraient pas réclamé cette qualité, d'où il résulterait que le décret du 30 juin 1860 aurait abrogé le traité du 24 mars.

Cette théorie ne saurait être accueillie, parce qu'elle conduirait à admettre qu'un traité international obligatoire pour les parties contractantes pourrait être modifié par l'une d'elles sans le concours de l'autre. Il est dès lors nécessaire de concilier le décret du 30 juin 1860 avec le traité du 24 mars, et en admettant que tous les Sardes domiciliés dans les provinces italiennes cédées à la France sont devenus de plein droit Français par le simple fait de l'annexion et du défaut d'option, de considérer que le décret s'est occupé d'un point qui n'avait pas fait l'objet de la clause du traité.

Nous avons déjà dit que la souveraineté peut faciliter par une loi l'acquisition de la qualité de citoyen pour ceux qui ne l'auraient pas acquise en vertu du traité. Or, pour donner à la disposition du décret une interprétation plausible,

il faut admettre que, puisqu'aux termes du traité du 24 mars, pouvaient devenir de plein droit Français les Sardes qui avaient fixé leur domicile en Savoie ou à Nice avant le 24 mars 1860, jour où fut conclu le traité, et que les autres qui étaient venus y établir leur domicile après le 24 mars devaient être soumis au droit commun, l'autorité française avait voulu, par son décret, leur faciliter l'acquisition de la qualité de citoyen français, en disposant par l'article 1er que tous ceux qui avaient fixé leur domicile en France, dans la période intermédiaire entre le 24 mars et le 30 juin, pourraient être réputés Français à la suite de leur déclaration, sans nécessité de remplir les formalités nécessaires pour obtenir la naturalisation et de payer les droits ordinairement exigés.

Notre opinion est conforme à celle soutenue par Rouquier[1] et par de Folleville[2] : elle a, de plus, été consacrée par la jurisprudence la plus récente. [3]

[1] *Revue pratique*, 1862, p. 285.
[2] *Traité de la naturalisation*, § 304.
[3] Tribunal civil de Nice, 26 mai 1879.

Nous croyons utile de rapporter le texte de ce jugement :

« Le tribunal, attendu qu'aux termes formels de l'article 6 du 15 mars « 1860, les sujets sardes originaires de la Savoie et de l'arrondissement « de Nice ou domiciliés actuellement dans ces provinces, qui entendent « conserver la nationalité sarde, jouiront pendant l'espace d'un an, à par- « tir de l'échange des ratifications et moyennant une déclaration préala- « ble faite à l'autorité compétente, de la faculté de transporter leur domi- « cile en Italie et de s'y fixer, auquel cas la qualité de citoyens sardes « leur sera maintenue ; attendu qu'on peut induire de cet article 6 que « non seulement les sujets sardes originaires des provinces annexées à « la France, mais aussi les sujets sardes y domiciliés actuellement, qui « n'ont pas rempli les formalités prescrites par ledit article 6, n'ont pas « conservé leur nationalité sarde, et partant sont devenus Français par « l'annexion des territoires où ils étaient actuellement domiciliés ; que la « qualité de Français leur est conférée *ipso facto* par l'effet du traité, « sans les soumettre à aucune autre condition que celle de l'origine ou « du domicile actuel ;

« Attendu qu'à la vérité, cet article 6 paraît être en contradiction avec « le décret du 30 juin 1860, dont l'article 1er porte : « Les sujets sardes « majeurs et dont le domicile est établi dans les territoires réunis à la « France par le traité du 24 mars 1860, pourront, pendant le cours d'une

406. — Les règles que nous avons exposées peuvent être appliquées dans le cas où l'annexion ou bien la cession d'un territoire a été stipulée au moyen d'un traité, dans lequel on s'est occupé de régler la condition des personnes pour ce qui concerne la conservation de la qualité de citoyen de l'État cédant ou l'acquisition de celle de l'État cessionnaire. Mais si le traité de cession ne contenait aucune disposition à ce sujet, il faudrait s'en tenir aux principes généraux pour déterminer les effets de cette convention pour ce qui pourrait concerner la qualité de citoyen des personnes appartenant au territoire cédé.

On ne saurait se dispenser d'admettre que les citoyens d'un pays doivent en suivre la condition dans leurs rapports avec la souveraineté qui y exerce son empire. Dès lors, le principe de la naturalisation collective des habitants d'un territoire cédé doit être admise comme la consé-

« année, à dater des présentes, réclamer la qualité de Français... » et, « dans le second alinéa, il ajoute que la naturalisation dont s'agit sera, « s'il y échet, accordée sans formalités et sans paiements de droits ;

« Mais attendu que, quelle que soit l'interprétation que l'on puisse « donner à ce décret, il ne pourrait avoir pour effet de détruire les droits « acquis aux sujets sardes domiciliés dans les territoires annexés par « l'article précité ; qu'en effet, par la réunion de la Savoie et de Nice à la « France, la qualité de Français s'obtenait immédiatement et de plein « droit, et que le décret du 30 juin 1860, émané du gouvernement fran- « çais seul, ne pouvait détruire les stipulations du traité international, « qui constitue un véritable contrat bilatéral entre les deux nations qui « l'ont conclu ; qu'il suit de là que ce décret, conférant la naturalisation « individuellement et non pas collectivement, ne peut s'appliquer qu'aux « sujets sardes qui n'ont pris domicile dans les territoires annexés que « postérieurement au 24 mars 1860 jusqu'au 30 juin de la même année, à « moins qu'il n'ait eu pour but d'éviter aux sujets sardes simplement do- « miciliés et non originaires toutes les difficultés auxquelles peut donner « lieu la preuve du fait de leur domicile établi dans lesdits territoires « antérieurement au 24 mars 1860 ; qu'en effet, on ne peut méconnaître « que la question du domicile, remontant au moment du traité du 24 mars « 1860, peut présenter de grandes difficultés en fait, et que la naturali- « sation individuelle obtenue sans stage ni paiement d'aucuns droits, en « vertu du décret du 30 juin 1860, évitait aux sujets sardes, alors domi- « ciliés dans les territoires annexés, les inconvénients résultant de cette « question de domicile,... etc. »

quence de la force majeure. Un tel effet devrait du reste être considéré comme s'étendant à tous ceux qui forment la population fixe de ce territoire, c'est-à-dire aux personnes qui y ont établi leur domicile,sans faire aucune distinction suivant qu'elles sont nées effectivement dans le territoire cédé ou dans une autre partie du territoire de l'Etat.

En un mot, il nous semble qu'en l'absence de clauses spéciales dans le traité, tous les individus domiciliés dans le territoire cédé au moment où la cession en a été stipulée, et qui ont continué à y conserver leur domicile sans le transférer dans un délai raisonnable dans une autre partie du territoire de l'Etat cédant ou en tout autre lieu, doivent être réputés par là même comme compris dans la naturalisation collective résultant de la cession, et que cet effet doit être réputé s'étendre même à leurs fils mineurs et à leurs femmes, parce que nous considérons qu'en ce qui les concerne, la naturalisation collective est une question de force majeure entièrement territoriale.

407. — Avant d'abandonner la question dont nous nous sommes occupé dans ce chapitre, nous ferons remarquer que toutes les controverses qui peuvent naître à propos de la naturalisation d'une personne déterminée et des effets de cette mesure à l'égard des membres de la famille, peuvent aussi être résolues administrativement. C'est ce qui peut arriver dans toutes les circonstances où l'autorité administrative a intérêt à décider si un individu doit être réputé citoyen ou étranger. Toutefois, il est à noter que les décisions de l'autorité administrative ne peuvent pas trancher les questions relatives à la qualité de citoyen. Même alors que l'autorité administrative aurait décidé qu'un individu devrait être soumis au service militaire parce qu'elle le considérerait comme citoyen de l'Etat, la question de qualité de citoyen ne pourrait pas être considérée comme résolue, parce que les tribunaux seuls sont compétents

pour trancher toutes les questions qui concernent l'état personnel et dès lors celle de la qualité de citoyen. Il est clair que, lorsque l'autorité judiciaire aurait décidé que l'on devrait considérer comme étranger un individu que l'autorité administrative avait regardé comme citoyen, la conséquence nécessaire de cette décision devrait être de faire déclarer cet individu exempt du service militaire, qui ne peut être imposé qu'aux seuls citoyens de l'Etat.

Il faut toutefois noter que le jugement d'un tribunal d'un Etat ne peut produire cet effet qu'à l'égard de l'autorité administrative de ce même Etat. L'indépendance des souverainetés dans l'exercice des pouvoirs qui leur appartiennent s'oppose d'une façon absolue à ce que les décisions du pouvoir judiciaire d'un Etat puissent exercer une influence sur celles du pouvoir administratif d'un autre Etat.

Nous ne saurions non plus admettre que l'on doive de préférence considérer comme compétents les tribunaux de l'Etat dont l'intéressé prétendrait devoir être réputé citoyen, si son instance était contestée par l'autorité administrative d'un autre Etat, parce qu'une telle prétention est contraire à l'indépendance des souverainetés. Nous pensons dès lors que toute contestation relative à la naturalisation d'une personne doit être décidée par l'autorité judiciaire, et que l'on doit considérer comme compétente l'autorité judiciaire de l'Etat dont cette personne réclame la qualité de citoyen, si l'instance est introduite par elle, mais qu'elle doit l'être par l'autorité judiciaire de l'Etat étranger où la qualité de citoyen de cet Etat est contestée, si la question est soulevée par le fait de cet Etat.

Même lorsqu'il s'agit de statuer sur la naturalisation d'un individu, par suite de l'application d'un traité international, dans lequel il existe des stipulations relatives à la qualité de citoyen des personnes, on doit toujours considérer l'autorité judiciaire comme compétente. Elle a en effet la faculté d'interpréter le traité en l'appliquant dans ses dispositions relatives aux droits privés des personnes, et

elle ne saurait être liée par l'interprétation donnée à ce sujet par les gouvernements par voie diplomatique[1].

[1] Dans les notes échangées entre les gouvernements italien et français relativement à la condition des mineurs nés en Savoie et à Nice de parents originaires d'autres provinces italiennes, on admit par voie administrative une règle pour déterminer le service militaire. Néanmoins on fit la réserve ainsi conçue : « Toutefois il est entendu que cette solution « n'a qu'un caractère administratif et qu'elle n'empêchera pas les inté- « ressés, dans les cas où ils ne voudraient pas s'y soumettre, de faire « valoir leurs droits devant les tribunaux compétents. »

CHAPITRE V

DU DOMICILE.

408. Comment la détermination du domicile de chaque personne peut être considérée comme d'un intérêt commun dans les matières dont nous nous occupons. — 409. Conception du domicile. — 410. De la pluralité du domicile. — 411. Application de la loi de chaque État. — 412. Domicile d'origine et sa détermination. — 413. Du domicile de droit et légal. — 414. Du domicile volontairement acquis. — 415. Personne ne peut être sans domicile. — 416. Du domicile des personnes juridiques. — 417. Comment il doit être déterminé. — 418. La pluralité du domicile doit être exclue même à l'égard des corporations. — 419. Application aux succursales. — 420. Des présomptions. — 421. Les règles pour l'établissement et la preuve du domicile doivent être applicables même à l'égard des étrangers. — 422. De la faculté d'établir son domicile à l'étranger. — 423. Effets du domicile.

408. — En exposant dans la partie générale les principes relatifs à la loi qui doit servir à déterminer la condition juridique et la capacité des personnes, nous avons dit que tous les auteurs ne sont pas d'accord pour reconnaître que le rapport de la qualité de citoyen soit celui dont doive dépendre la loi régulatrice de l'état des personnes et de leur capacité juridique ; car beaucoup continuent à soutenir que tout doit dépendre de la loi du lieu du domicile de chaque personne. Nous avons aussi indiqué comment, en cette matière, les lois de certains États ont donné la préférence à la loi du domicile et comment ce principe a été consacré dans d'autres pays par la jurisprudence.

Par exemple, en Grande-Bretagne, dans les États de l'Amérique du Nord, dans les États de l'Allemagne, en Autriche et dans d'autres pays, on fait dépendre l'état personnel

de la loi du domicile de la personne et l'on admet que cette loi doit régir la succession et les droits qui en dérivent. Même dans les États où a prévalu l'idée plus rationnelle, que le statut personnel doit dépendre de la loi de l'Etat dont la personne est citoyen, on admet que le domicile doit être réputé décisif pour la détermination des lois applicables aux personnes qui sont citoyens d'États qui, comme la Grande-Bretagne, ont des législations spéciales en vigueur dans les différentes parties du pays. Ainsi, par exemple, dans le système consacré par le législateur italien, pour déterminer la loi personnelle d'un citoyen de la Grande-Bretagne, il faudra tenir compte de son domicile, pour décider s'il doit être soumis à la loi spéciale en vigueur en Ecosse, en Irlande ou en Angleterre.

Il faut aussi remarquer que le domicile peut avoir une importance décisive dans les cas exceptionnels où l'on ne peut déterminer d'une façon certaine la qualité de citoyen, et lorsqu'il s'agit de fixer la loi des personnes juridiques. Il en est de même, quand il s'agit d'indiquer le lieu où l'étranger peut exercer certains droits. Il est dès lors clair que la conception et la détermination du domicile sont des choses par elles-mêmes intéressantes dans les questions qui forment l'objet de notre étude, puisqu'il peut se faire que l'autorité d'une loi dépende du domicile.

Il ne nous appartient pas de traiter à fond cette matière, parce qu'elle rentre dans le domaine du droit civil. Nous croyons seulement utile d'exposer les notions générales qui concernent l'objet spécial de notre étude.

409. — Le domicile est un fait juridique. Chaque législateur peut, il est vrai, déterminer les éléments qui le constituent et les conséquences juridiques qui en dérivent, et il peut exister et il existe à ce sujet de notables différences, dont la plus importante est celle qui consiste à considérer le domicile comme la base du statut personnel. Toutefois, à l'égard de la notion juridique du domicile, tout le monde est d'ac-

cord pour admettre qu'il indique la localité ou le pays où une personne a établi le siège principal de ses affaires et de ses intérêts, de façon que la conception du domicile corresponde à celle de la demeure réelle permanente.

Cette conception du domicile nous a été transmise par les jurisconsultes romains, qui l'ont ainsi défini : *In eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum summam constituit ; unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet : ut cum profectus est, peregrinari videtur : quod si rediit, peregrinari jam destitit.* [1]

110. — En principe, il faut admettre que chaque personne doit avoir un domicile, et que lorsqu'elle l'a acquis, elle le conserve tant qu'elle n'en a pas acquis un autre. Il faut aussi admettre que le domicile d'une personne doit être unique, car la pluralité est exclue par la notion juridique de cette institution : on ne peut pas en effet admettre que quelqu'un puisse avoir à la fois deux résidences réelles principales et permanentes. On peut seulement concéder qu'une personne puisse avoir plusieurs domiciles, dont chacun se rapporte à un objet propre. Ainsi, il peut exister un domicile politique, qui est par lui-même distinct du domicile civil ; un domicile d'origine, qui est celui que chacun acquiert au moment de sa naissance et par suite du simple fait de sa naissance ; et un domicile d'élection, qui est acquis par la personne capable à cet effet, par le fait réel, c'est-à-dire l'établissement effectif et permanent dans une localité déterminée, avec l'intention d'y fixer le siège principal de ses affaires et de ses intérêts (*animus manendi*). Le domicile d'élection peut être aussi acquis à l'égard d'une opération juridique déterminée : il est alors appelé domicile spécial, et il est par lui-même distinct du domicile général, parce qu'il est déterminé par l'élection spéciale faite par la personne qui, relativement à certaines relations juridiques détermi-

[1] L. 7, Cod., *De incolis*, 10, XXIX.

nées, a désigné une localité spéciale pour l'accomplissement des obligations qui en résultent et pour toutes les conséquences qui pourraient en dériver; ou parce que la personne l'a choisi pour certains actes juridiques déterminés, en le fixant relativement à ces actes dans une localité distincte de celle où elle a son domicile réel et général.

411. — Toutes ces distinctions rentrent dans le domaine de la législation de chaque État, à laquelle il faut se référer, pour décider à quels points de vue différents peut être considéré le domicile, quels en sont les éléments constitutifs, quelles sont les circonstances et les causes qui peuvent en déterminer l'établissement, quels sont les effets du domicile général et du domicile spécial, quelle est la nature différente des droits dont l'exercice peut être déterminé par le domicile. Il faut, en outre, se référer à la loi de chaque État, pour décider si l'on doit faire quelque distinction entre le domicile, la résidence et la demeure au point de vue des droits qui peuvent dériver de ces faits juridiques.

Dans certains cas, le domicile est fixé par la loi même, qui, pour des motifs d'ordre public, désigne une localité déterminée comme celle qui doit être regardée légalement comme le domicile de certaines personnes. C'est là le domicile légal ou domicile de droit pur, et quand il s'agit de le fixer, il faut se reporter à la loi à laquelle la personne doit être soumise pour décider quel est dans les cas qui y sont prévus, le domicile de la personne, et s'il peut être permis à celle-ci de déroger à cette loi, et si l'on doit considérer comme pouvant produire des effets juridiques le fait contraire, c'est-à-dire celui par la personne à laquelle la loi assigne un domicile de pur droit d'avoir fixé réellement le siège principal de ses affaires et de ses intérêts dans une localité différente de celle indiquée par la loi.

Nous croyons aussi utile de dire que lorsque, d'après la loi d'un État, il existe une différence entre le domicile et la résidence (comme cela a lieu dans le Code civil italien), il

faut se référer à cette loi pour déterminer les éléments constitutifs de l'un et de l'autre et les effets juridiques qui peuvent en dériver. Ainsi, le législateur italien, qui a consacré la distinction, a attribué à la résidence certains effets spéciaux, et il faudrait tenir compte de ses prescriptions dans le cas où il y aurait lieu d'apprécier les effets qui en peuvent résulter. C'est ce qui aurait lieu notamment lorsqu'il s'agirait de déterminer la qualité de citoyen du fils mineur de l'individu qui aurait perdu la qualité de citoyen italien et l'on devrait décider, conformément au Code civil italien, qu'il deviendrait étranger comme son père s'il n'avait pas continué à résider en Italie.[1]

Il ne rentre pas dans notre étude de discuter les questions qui concernent le domicile aux points de vue spéciaux auxquels se sont placés les législateurs des différents pays. Nous devons nous borner à indiquer les principes généraux, d'après lesquels les différentes lois doivent être appliquées.

412. — Comme toute personne acquiert au moment de sa naissance et par suite de sa naissance, son domicile d'origine, et que le domicile acquis par elle doit toujours être réputé conservé jusqu'au jour où elle n'en a pas acquis un autre, il faut considérer en principe le domicile d'origine comme celui de la personne, à moins qu'elle ne prouve qu'elle en ait acquis un autre.[2]

Dans toutes les législations, on admet que le domicile d'origine du fils légitime, né durant la vie du père, est le même que celui que ce dernier avait au moment de la nais-

[1] Art. 11, nº 3 du Code civil italien.

[2] La Cour de New-York a décidé que le domicile d'origine ne pouvait pas être considéré comme perdu à la suite d'une résidence prolongée en pays étranger; mais qu'il était nécessaire qu'on y eût acquis un nouveau domicile d'après la loi locale. Par conséquent, elle a admis que le testament fait en France par un Américain, qui y résidait, conformément aux dispositions de la loi américaine, devait être réputé valable, à moins qu'on n'établît que le testateur avait perdu son domicile d'origine. New-York, 15 février 1874, *Journal du droit international privé*, 1874, p. 86.

sance de ce fils ; que le domicile d'origine du fils mineur illégitime ou posthume est celui de la mère au moment de sa naissance ; que le domicile d'origine du fils légitimé est celui du pays où son père était domicilié au moment de la naissance de ce fils.

413. — En ce qui concerne le domicile de droit pur ou domicile légal, on constate également que dans toutes législations on admet que le mineur non émancipé doit avoir le domicile de la personne dont il dépend juridiquement, et par conséquent celui du père, à son défaut celui de la mère, et à défaut du père et de la mère, celui du tuteur ; et que le majeur interdit doit avoir le même domicile que son tuteur. On admet également en principe que lorsque la personne, à la puissance ou à l'autorité de laquelle quelqu'un est soumis change de domicile, ce changement doit produire aussi le changement de domicile de l'individu soumis à cette puissance ou à cette autorité.

Nous devons dire, en outre, qu'à l'égard de cette dernière règle, il existe quelques divergences entre les lois des différents pays. En effet, d'après certaines lois, si le domicile du mineur non émancipé doit être considéré comme changé par suite du changement de celui du père ou de la mère à la puissance desquels il est soumis, il n'en est pas de même lorsqu'à la suite de la mort du père, il est institué une tutelle pour le mineur, ou lorsqu'il en est établi une pour le majeur à la suite de son interdiction. En Angleterre, par exemple, la jurisprudence s'est montrée incertaine pour admettre la règle que le domicile du mineur doit être considéré comme changé toutes les fois que le tuteur change le sien propre. Il faut dès lors toujours se référer à la loi du pays dont on veut attribuer le domicile au mineur pour déterminer les conséquences du changement de domicile du tuteur à l'égard du mineur et à l'égard du majeur interdit.

En ce qui concerne la femme, qui n'est pas légalement séparée de son mari, on admet généralement qu'on doit

lui attribuer le même domicile qu'à son mari, et qu'on doit considérer son domicile comme changé, quand son mari a changé le sien propre.

414. — En général, le domicile juridiquement acquis par toute personne doit être réputé conservé par elle, tant qu'elle n'en a pas acquis un autre. Pour acquérir juridiquement un nouveau domicile, il est indispensable que la personne ait la capacité de le faire. Il faut dès lors se reporter à la loi personnelle pour décider si quelqu'un a cette capacité, ou bien se trouve à cet égard soumis à la volonté d'une autre personne sous la puissance de laquelle il se trouve.

Quand l'incapable arrive à acquérir la capacité de se choisir à son gré un domicile, il faut admettre en principe que le domicile qui lui est attribué durant son incapacité lui demeure acquis jusqu'au jour où il en a opéré le changement de sa propre volonté. Comme conséquence de ce principe, on admet que la femme veuve conserve le dernier domicile de son mari, tant qu'elle n'en a pas acquis un autre. Cette règle devrait également être appliquée à la femme divorcée, à laquelle on doit attribuer, soit le domicile qu'elle avait immédiatement avant le divorce, soit celui qu'elle avait au moment où la sentence a été prononcée, à supposer qu'elle ait pu fixer à son gré son domicile durant l'instance en divorce.

415. — Il résulte de la règle que nous venons d'exposer, que l'on peut attribuer un domicile à toute personne, en quelque circonstance qu'elle se trouve, et qu'elle ne peut en être complètement dépourvue. Les hypothèses faites par certains auteurs, qui se sont efforcés d'imaginer des circonstances exceptionnelles, dans lesquelles, d'après leur manière de voir, une personne pouvait être réputée entièrement dépourvue de domicile, n'ont en réalité aucun fondement juridique. Etant, en effet, donné le principe que tout

domicile acquis est conservé jusqu'au jour où il n'a pas été abandonné, il en résulte ou qu'on pourra acquérir un nouveau domicile d'élection, ou que le domicile d'origine reprendra sa valeur ; et si on a perdu toute trace du domicile d'origine de la personne, ou s'il est établi qu'elle l'ait abandonné complètement et qu'elle n'ait conservé aucune sorte de relations avec son pays natal, il faudra s'en référer à la loi du lieu où elle demeure actuellement et se prévaloir des moyens subsidiaires indiqués par cette loi pour déterminer le domicile.

Toute hypothèse contraire doit être exclue par la considération naturelle, qu'on ne peut imaginer une personne en dehors d'une sphère, même très limitée, où elle exerce son activité, et que lorsqu'elle l'exerce dans plusieurs lieux, l'un d'eux doit être réputé le principal relativement aux autres. Dès lors, on ne saurait imaginer une personne complètement dépourvue de domicile.

416. — La conception du domicile, ainsi que le fait observer Savigny, fondée sur les rapports de la vie naturelle de l'homme, ne peut trouver son application à l'égard des personnes juridiques. Néanmoins, comme la loi leur attribue la capacité juridique et une sphère propre d'activité, il faut reconnaître qu'on peut leur attribuer un domicile analogue à celui des personnes naturelles.

Il est vrai que la conception du domicile, qui résulte en réalité de la réunion de deux éléments, de la résidence fixe et permanente dans une localité donnée et de l'intention d'y rester, ne peut, à la rigueur, trouver son application qu'à l'égard de l'homme qui peut réunir le fait à l'intention. Toutefois, comme l'activité juridique que la loi attribue à ces personnes se manifeste en un lieu déterminé, et que, par suite de la nécessité des choses, il faut aussi leur assigner une localité permanente pour tous leurs rapports avec les tiers, qui sont la conséquence de l'activité juridique qui leur est attribuée, on ne saurait se dispenser d'admettre à

leur égard la nécessité d'un domicile. Il est facile de comprendre que les mêmes motifs qui rendent nécessaire d'assigner à l'homme un domicile, motivent la même décision à l'égard des personnes juridiques, mais seulement pour ce qui concerne le développement de leur activité et leurs rapports avec les tiers.

417. — Le domicile d'une personne juridique ou d'une corporation doit être considéré comme établi au lieu où elle a fixé le siège principal de ses affaires et de ses intérêts. On ne saurait à son égard distinguer le domicile de la résidence, parce que tout doit dépendre exclusivement du siège principal de ses affaires, c'est-à-dire de la localité, qui par la nature des choses doit être réputée le centre de l'activité juridique attribuée à la personne morale ou à la corporation. C'est l'établissement de ce centre d'affaires qui constitue par lui-même le domicile, comme son déplacement en constitue le changement, et sa cessation la perte absolue. Il est clair que ce centre d'affaires de la corporation ou de l'être moral étant par lui-même distinct de celui de chacune des personnes qui les composent, il ne saurait avoir pour effet de modifier le domicile de chacune d'elles. Par conséquent, le domicile d'une corporation est essentiellement distinct de celui des personnes qui la composent[1].

Nous devons faire remarquer que l'on doit considérer comme siège principal des affaires d'une société commerciale, non pas la localité où elle fait la plus grande partie de ses

[1] La Cour de cassation française a décidé qu'une société en participation n'ayant pas de siège social dans le sens de l'article 50 § 5 du Code de procédure civile, la demande en dissolution de la société faite par certains associés contre les autres doit être portée non pas devant le juge du lieu où l'entreprise qui a formé l'objet de la participation a reçu son exécution, mais devant le juge du lieu où les associés cités en justice étaient associés, excepté seulement dans le cas où les associés auraient, par une convention formelle, constitué un domicile social distinct de leur domicile réel et fixé ainsi une juridiction spéciale pour les difficultés qui pouvaient surgir relativement à la société. — Cass. req. 16 août 1865, Nicolas c. Dussard (*Journal du Palais*, 1865, 287).

affaires, mais celle où se trouve établi le centre de son administration et de sa gestion. On doit dès lors déterminer ce qui concerne la partie administrative des affaires, pour fixer le siège principal de la société. Par conséquent, on ne peut considérer comme décisif pour la détermination du domicile d'une société commerciale l'acte constitutif de cette société. Même lorsqu'il résulte de cet acte qu'on a établi un siège distinct pour la stipulation et l'enregistrement du contrat, pour la réunion des assemblées générales des intéressés, pour la révision des comptes et la répartition des bénéfices, à supposer que la société ainsi constituée ait fixé dans une autre localité l'établissement de son entreprise et y ait concentré ses forces économiques et son activité pour la gestion et l'administration de l'agence, c'est là que l'on doit considérer qu'elle a fixé son domicile [1].

Il faut, par conséquent, dire que le domicile d'une société commerciale ne peut pas résulter de ses statuts, ni des conventions passées entre les associés ; mais qu'à l'égard de ses rapports avec les tiers, le domicile doit dépendre exclusivement du fait du principal établissement de la société. Cela n'empêche pas les associés de choisir un domicile distinct pour ce qui concerne leurs rapports et les difficultés qui peuvent s'élever entre eux comme associés dans la même entreprise. Toutefois, ce domicile d'élection, valablement établi à leur égard, ne pourrait pas être opposé aux tiers pour ce qui concerne les rapport de ceux-ci avec la société [2].

A l'égard des corporations, soit civiles, soit commerciales, le domicile de chacune d'elles doit être déterminé en tenant compte des localités où chacune est établie et où elle accomplit les fonctions en vue desquelles elle a été instituée. Ce principe peut s'appliquer à la commune, à la province, aux institutions civiles ou ecclésiastiques (hôpitaux, bibliothè-

[1] Compar. Cour de Milan, 30 novembre 1883, *The Province of Vicenza Steam Tramway Company Limited* (*Monitore dei tribunali*, 1884, p. 35).

[2] Cass. française, 7 Mars 1877. (*Dalloz*, 1877, I, 104).

ques, etc.), et en général à tous les corps moraux reconnus et considérés comme personnes.

418. — Même à l'égard des corporations, qu'elles soient civiles ou commerciales, on peut se demander si elles peuvent avoir plusieurs domiciles. Cette question peut se poser surtout à l'égard des sociétés commerciales, à supposer qu'elles aient leur principal établissement dans un pays et une ou plusieurs succursales dans d'autres pays. En principe, il faut admettre qu'une corporation, qui a par analogie un domicile comme les personnes, ne peut comme celles-ci en avoir qu'un seul. Si tout doit dépendre du siège principal où est établi le centre des affaires et des intérêts de la corporation, il est clair que ce siège principal et ce centre doivent être nécessairement uniques. On doit cependant admettre sans aucune difficulté, que si la corporation a établi une succursale dans un autre pays, ce fait peut toujours attribuer la compétence aux tribunaux de ce pays relativement aux contestations qui naissent dans les rapports de la succursale avec les tiers.

Toutefois, cette compétence, qui dérive d'une autre source, ne peut pas être considérée comme décisive pour résoudre la question du domicile de la société et pour faire admettre la conséquence que celle-ci ait deux domiciles. De même, l'individu peut, à raison des obligations par lui contractées dans une localité donnée, être cité devant les tribunaux qui y ont juridiction, sans qu'on puisse induire de là qu'il y ait un autre domicile distinct du domicile réel. On ne saurait dès lors confondre la question de la compétence avec celle du domicile. Relativement au domicile, l'opinion préférable est, à notre sens, celle d'après laquelle on admet que le domicile de la corporation commerciale ou civile doit être unique, aussi bien que celui de la personne naturelle. Par conséquent, à supposer qu'une société commerciale ait dans un pays un établissement principal et dans d'autres des succursales et que l'on admette l'idée juste qu'en cas de fail-

lite l'instance doive être unique et que la faillite doive être déclarée au domicile commercial et comprendre tous les biens appartenant à la société en quelques pays qu'ils soient situés, pour en former une masse unique, il en résulterait, en admettant notre manière de voir, dans l'hypothèse d'une société ayant un établissement principal et plusieurs succursales reliées à l'établissement principal par l'unité d'administration, qu'il ne devrait pas être nécessaire de faire déclarer autant de faillites qu'il y aurait de pays où il existerait des succursales [1].

Dans la seule hypothèse où la succursale aurait un centre propre d'activité, (bien qu'ayant trait à la même entreprise) et une administration distincte et séparée, on pourrait lui assigner un domicile distinct, et en cas de faillite on devrait admettre une décision contraire à celle que nous venons de soutenir. On devrait décider ainsi, par la considération que tout établissement qui a un centre propre d'activité et une administration distincte, bien qu'appartenant à la même société, devrait être considéré comme une individualité propre et partant comme ayant un domicile spécial.

419. — Après avoir indiqué ce qui concerne la nature, l'acquisition et le changement du domicile, nous allons examiner comment les éléments qui le constituent peuvent être déterminés et prouvés.

[1] Nous avons déjà développé cette théorie dans notre monographie, *Il Fallimento secondo il diritto internazionale privato* (Pise, 1873).

Elle a été ainsi consacrée par la jurisprudence belge : Bruxelles, 12 août 1836 (David) (*Pasicrisie belge*, 1836, 219) : — Bruxelles 13 août, 1851 (Heurtey) (*Pasicrisie*, 1851, p. 330); — Liège, 20 mai 1848, (*Pasicrisie* 1848 p. 211) ; — Bruxelles, 9 novembre 1846, (*Pasicrisie*, 1846, p, 309).

La cour de Bruxelles appliqua le principe à une société anglaise à responsabilité limitée, qui avait son principal établissement à Londres et qui y avait été déclarée en faillite, et décida qu'elle ne pouvait de nouveau être déclarée en faillite en Belgique à raison des établissements accessoires qu'elle y avait, et que les créanciers belges ne pouvaient être admis à provoquer une telle déclaration. (7 août 1871, *Pasicrisie*, 1872, 2, 30.)

Compar. Pardessus, *Droit commercial*, n°s 976 et 1094 ; Straccha, *De Decoct.*. n. 20 et suiv., p. 469 ; Merlin, *Répert.*. V. *Faillite*, sect. 11, art. 10.

Il appartient en général à chaque législateur de déterminer les mesures propres à établir les faits juridiques soumis à l'empire de la loi de son pays, et ce principe doit être appliqué pour la détermination et la preuve du domicile en tant que fait juridique. Ces moyens peuvent être directs ou indirects. Les premiers sont déterminés par la loi pour établir d'une façon certaine et non équivoque le fait et l'intention de fixer le domicile dans une localité donnée. Les seconds ont pour résultat d'établir le même fait au moyen des présomptions légales et de toutes les autres circonstances, qui peuvent servir à déterminer le fait et l'intention. A l'égard de ces moyens de preuve, il faut se reporter à la loi du pays, à l'égard duquel la personne ou les intéressés entendent faire la preuve du domicile. Dans la plupart des législations, on admet en principe que le fait de la résidence dans une localité donnée uni à la double déclaration devant l'autorité compétente du lieu qu'on abandonne et de celle du lieu où l'on veut fixer son domicile constitue la preuve directe la plus certaine du changement de domicile [1].

Cette disposition concerne en réalité la preuve directe du changement de domicile dans l'intérieur du même Etat. Par conséquent, lorsqu'il s'agit d'un étranger, la double déclaration ne devrait pas être réputée indispensable, et l'on devrait considérer comme une preuve décisive le fait de fixer sa résidence dans une localité de l'Etat, en déclarant devant l'officier compétent l'intention d'y établir son domicile.

420. — A l'égard des présomptions et des circonstances qui peuvent être considérées comme la preuve du domicile, comme l'appréciation en est laissée aux tribunaux de chaque pays, il faut que ceux-ci tiennent compte des règles établies dans la jurisprudence, pour décider quelles circonstan-

[1] Code civil italien, art. 17; code civil français, art. 104 ; code néerlandais, art. 76.

ces devront être considérées comme pouvant servir de preuve du domicile [1].

D'après la jurisprudence anglaise, par exemple, l'habitation réelle dans un pays est considérée comme suffisante par elle-même pour établir *prima facie* l'intention d'y fixer une résidence permanente et est réputée jusqu'à un certain point comme preuve du domicile. Cette présomption peut être exclue, quand l'habitation est, par sa propre nature, incompatible avec l'existence de l'intention de fixer sa résidence permanente et quand elle exclut par elle-même cette présomption [2].

D'après la jurisprudence française, sont considérées comme telles les circonstances propres à établir le domicile, celles notamment, qu'une personne a payé l'impôt des patentes dans une commune donnée, qu'elle a constamment déclaré dans les contrats et dans les actes qu'elle était domiciliée dans telle localité, qu'elle a comparu comme défenderesse en matière d'actions personnelles devant un tribunal sans décliner la compétence à raison du domicile.

En Autriche, comme aux termes de la loi on présume que le domestique a le même domicile que son maître alors qu'il habite avec lui, une jurisprudence constante a admis que le fait d'être en service emporte la présomption du domicile commun avec le maître.

De même en Italie, on a décidé que le paiement de la taxe de fouage dans une commune donnée constituait une présomption valable que la personne y était domiciliée,

Sans entrer dans d'autres détails, nous poserons le principe, que bien que la conception du domicile soit une conception juridique, la preuve de son établissement dans une localité déterminée est une question de fait, et comme l'appréciation des circonstances doit être laissée aux tribunaux, il nous est impossible d'établir des règles spéciales en cette

[1] La jurisprudence est unanime sur ce point. Voir Clunet, *Journal du Dr. intern. privé*, 1887, p. 611.

[2] Dicey, *The Law of domicile*, table of rules, rule 18, 19.

matière. Nous dirons seulement que, comme on doit présumer que chacun a conservé le domicile qu'il avait, tant qu'on n'a pas fait la preuve contraire, il appartient à l'intéressé de faire cette preuve, et que le juge doit présumer la conservation de l'ancien domicile, tant qu'on n'a pas fait la preuve complète qu'on l'a changé et établi ailleurs.

421. — Nous croyons aussi utile de dire, qu'à l'égard de l'étranger, sauf en ce qui concerne la capacité pour lui de fixer valablement son domicile hors de son pays (laquelle capacité, nous l'avons déjà dit, doit être établie d'après la loi personnelle), les principes consacrés par le droit territorial pour la détermination et la preuve du domicile en ce qui concerne les citoyens doivent être également applicables aux étrangers.

Aujourd'hui on ne conteste pas à l'étranger la faculté de fixer son domicile dans l'Etat. Toutefois, d'après certaines législations, il est astreint à l'autorisation du gouvernement. C'est ce qui a lieu notamment d'après le Code civil français, article 13. Cette autorisation devrait être réputée décisive pour déterminer l'établissement du domicile de droit, auquel la loi territoriale attache certains effets juridiques spéciaux; mais pour ce qui est du domicile de fait, on ne devra pas appliquer aux étrangers des règles différentes de celles admises pour les citoyens[1].

422. — On admet aussi généralement que le citoyen peut fixer son domicile à l'étranger. C'est là du reste la

[1] Nous ne croyons pas utile de discuter la question de savoir si, aux termes du Code civil français, l'étranger peut avoir un domicile en France en dehors de l'autorisation du gouvernement. Les auteurs, aussi bien que la jurisprudence, sont divisés à ce sujet.

Laurent pense que, pour s'en tenir à la disposition de la loi, que la jurisprudence ne saurait modifier par ses décisions, que «Tout ce que l'on peut « soutenir, c'est que l'étranger n'a point de domicile en France, et que « partant il n'y a qu'une résidence de fait, tant qu'il n'a pas reçu du gou- « vernement l'autorisation d'établir son domicile en France » (*Droit civil*

juste conséquence du respect de la liberté individuelle. Comme on accorde à l'individu la faculté de renoncer à sa patrie et de se faire naturaliser à l'étranger, on doit avec plus de raison lui accorder la liberté de fixer son domicile à l'étranger. Quelques législations seulement ont subordonné cette faculté à la condition d'une déclaration devant l'autorité compétente de l'Etat, qu'on est dans l'intention de transférer son domicile à l'étranger. C'est en ce sens que disposait le § 426 du règlement législatif judiciaire des Etats pontificaux du 10 novembre 1834, aux termes duquel celui qui voulait transporter son domicile à l'étranger devait en faire la déclaration au greffe du tribunal ou du juge local. Mais de telles restrictions ne sauraient se justifier. Les tribunaux de l'Etat doivent non-seulement admettre en

international, T.III, p. 457). Brocher, après avoir constaté que les arrêts relatifs à cette question semblent contradictoires, dit que néanmoins la doctrine qui prévaut, bien que vivement discutée, est que, « sous réserve « des traités, l'étranger n'acquiert un vrai domicile en France, un domicile « de droit comme on dit, que par l'autorisation prévue en l'article 13; « mais il peut avoir, sans une telle autorisation, ce qu'on appelle un do- « micile de fait, ayant une partie des conséquences généralement pro- « duites par le domicile de droit » (*Cours de droit international privé*, T. I, p. 254-255).

La loi française n'accordant, en l'absence du traité, la jouissance des droits civils à l'étranger que lorsqu'il a été autorisé par le gouvernement à établir son domicile en France (art. 13 du Code civil), on doit admettre que seul le domicile établi avec l'autorisation du Chef de l'Etat est par lui-même efficace pour attribuer à l'étranger la jouissance des droits civils, et que par conséquent le domicile de fait n'a pas d'autre importance que la résidence, pour ce qui concerne la compétence judiciaire et l'exercice de certains droits. On pourrait dire que la conception du domicile est une conception juridique traditionnelle et que le législateur français, en définissant le domicile, ne pouvait en déterminer les éléments constitutifs qu'à l'égard des Français seulement. Et du reste, au titre du domicile, ce législateur dit expressément qu'il s'occupe des Français : « Art. 102. — Le domicile de tout Français, etc... » Nous devons dès lors en conclure que l'opinion de Laurent est fondée sur la loi écrite.

La Cour de Paris a admis qu'un étranger qui avait eu en France une résidence d'une durée quelconque et qui y avait acquis un immeuble, ne pourrait pas être réputé y avoir son domicile, parce que l'article 13 est formel et n'admet rien d'équivalent à l'autorisation (Paris, 29 juillet 1872, (Morant); Cass. française, 19 mars 1872, Sirey, 1872, I, 238).

droit la faculté pour le citoyen de fixer son domicile à l'étranger, mais reconnaître le domicile valablement établi, toutes les fois que les conditions déterminées par la loi locale pour l'existence d'un domicile sur le territoire ont été remplies, ou doivent être considérées comme remplies.

423. — Il est indispensable de faire une distinction substantielle en ce qui concerne les effets juridiques du domicile. Il est incontestable en principe, que tant qu'il ne sera pas intervenu un accord sur la détermination de la loi des rapports juridiques, le législateur de chaque pays devra être réputé compétent, même pour déterminer les effets que doit produire un domicile légalement établi sur le territoire soumis à son autorité. Par conséquent, quand il serait disposé, aux termes de la loi territoriale, que les droits civils ou quelques-uns d'entre ces droits devraient être réglés par la loi du pays où la personne serait domiciliée, les juges de cet Etat ne pourraient se dispenser d'appliquer la loi qui y serait en vigueur pour déterminer les effets du domicile qui y serait établi. C'est ce qu'on doit décider dans l'hypothèse où un étranger aurait fixé son domicile en Grande-Bretagne, où la plus grande partie des droits sont régis par la loi du domicile[1]. Toutefois, comme la loi qui ferait dépendre du domicile les droits dérivant de l'état personnel ne peut avoir d'autorité exterritoriale qu'à l'égard des citoyens soumis à son empire, elle ne saurait avoir pour effet d'attribuer à un étranger le droit de requérir l'application de la loi du domicile pour les questions d'état per-

[1] Voir pour les effets juridiques du domicile d'après le droit anglais, Story, *Conflict of Law*, 7th. éd.;—Phillimore, *Commentaries upon International Law*, t. IV ; — Westlake, *Private International Law*.

Une étude très consciencieuse sur cette question est celle de Dicey, *The Law of domicile*, qui a été traduite en français et complétée par Stocquart.

La même matière a été étudiée, au point de vue du droit américain, par Wharton, *Private International Law*.

sonnel nées de rapports créés au lieu de son domicile, où était en vigueur la loi qui faisait dépendre de ce domicile les règles applicables à de tels rapports.

En Angleterre, par exemple, on admet comme règle qu'un mariage doit être considéré comme valable quand chacune des parties a la capacité de contracter mariage avec l'autre aux termes de la loi de leur domicile respectif. Or, il peut se faire que le mariage célébré par un Italien domicilié en Angleterre doive être réputé valable aux termes de la loi anglaise, de façon à exclure toute action en nullité de cet acte. Toutefois on ne pourrait pas soutenir que la validité de ce mariage dût être appréciée d'après la loi anglaise en dehors des possessions britanniques. Incontestablement, un Italien ne pourrait pas soutenir devant les tribunaux italiens qu'il aurait contracté un mariage valable d'après la loi de son domicile, si cette loi était différente de la loi italienne. Nous ajouterons, que lorsque la question serait portée devant les tribunaux français ou devant ceux des pays dans lesquels la capacité de faire des actes valables doit être déterminée par la loi de l'Etat dont la personne est citoyen, on ne pourrait pas à bon droit soutenir que les effets juridiques du domicile devraient être appréciés conformément à la loi du pays où l'étranger se trouve domicilié.

La distinction substantielle est dès lors que, pour les effets juridiques qui peuvent dériver du domicile, tout doit dépendre de la loi territoriale, à la condition toutefois qu'il ne s'agisse pas d'effets qui concernent l'état de la personne et les rapports de famille qui doivent être régis partout par la loi de l'Etat dont chacun est citoyen, à supposer que telle soit la règle consacrée par la loi personnelle à l'égard de l'état de la personne et des rapports de famille. En effet, cet état et ces rapports peuvent dépendre de la loi du domicile pour les individus qui sont citoyens d'un pays dont la loi dispose que le statut personnel doit dépendre du domicile.

CHAPITRE VI

DE L'ABSENCE.

424. Caractères juridiques de l'absence.—425. Les lois contemplent cette condition et celle du non-présent. — 426. Les dispositions relatives à l'absence diffèrent entre elles, même au sujet de la conception de cette institution. —427. Il est nécessaire de déterminer quelle loi doit être appliquée. — 428. Théorie de Brocher, de Laurent, de Barde et de Rocco. — 429. Notre opinion. — 430. Cas dans lesquels on doit appliquer la loi territoriale. — 431. Cas où l'on doit appliquer la loi personnelle. — 432. Du tribunal compétent pour déclarer l'absence, et de la loi qu'il doit appliquer. — 433. On ne saurait justifier la distinction entre les rapports personnels et les rapports patrimoniaux dérivant de l'absence au point de vue de la loi qui leur est applicable.—434. Conséquences absurdes dérivant de cette distinction. — 435. Comment peut-on obtenir la possession provisoire des biens de l'absent d'après la loi personnelle. — 436. La condition juridique de l'absent dans la période qui précède la déclaration de décès doit dépendre de sa loi personnelle. — 437. Comment à l'égard des droits sur les biens peut-on appliquer la loi territoriale. — 438. De l'efficacité internationale du jugement déclaratif d'absence. — 439. Comment les principes du droit scientifique ne sont pas toujours conformes à ceux des lois positives.

424. — Par le mot *absent*, dans le langage courant, on indique l'individu qui n'est pas présent dans un lieu déterminé, ou qui se trouve éloigné de sa résidence habituelle. Les législateurs eux-mêmes ont employé ce mot dans cette acception. C'est ce qu'a fait notamment le législateur italien, lorsque dans l'article 166 du Civil, il a indiqué ainsi la condition de celui qui ne se trouve pas au lieu où est né l'enfant qu'il veut désavouer. Il l'a employé également avec cette acception, dans l'article 255 du même Code.

Dans le sens technique, on entend par absent l'individu

qui a cessé d'être présent au lieu de son dernier domicile ou de sa dernière résidence sans qu'on ait de ses nouvelles.

425. — La condition juridique de la personne qui peut être qualifiée absente, dans le sens technique du mot, a été l'objet d'une considération toute particulière de la part des législateurs qui, pour protéger les intérêts de l'absent, de sa famille et des tiers, ont dû édicter des mesures spéciales, qui assurent la conservation du patrimoine et des droits d'une personne qui se trouve éloignée du centre de ses affaires sans avoir laissé personne pour les gérer. Outre la nécessité de protéger les intérêts de l'absent, il y a la nécessité non moins impérieuse de sauvegarder ceux des tiers, qui peuvent avoir sur les biens de l'absent des droits, qui pourraient être compromis si ces biens étaient laissés trop longtemps sans personne pour les gérer. Il y a aussi l'intérêt social, qui veut que la transmission régulière des biens ne soit pas interrompue pendant un temps indéterminé.

Toutes ces graves raisons, pour taire les autres, indiquent que la condition juridique de l'absent est toute spéciale et doit être régie par des règles particulières.

Les législateurs se sont aussi occupés de la personne qui n'est pas présente en un lieu, où il est nécessaire de sauvegarder ses intérêts. Ainsi, par exemple, le législateur italien s'en occupe dans les articles 848, 849, 868 du Code de procédure civile et dans les articles 135 et 235 du Code civil. De même, le législateur français traite de ce sujet dans les articles 909, 910 et 928 du Code de procédure civile. Nous ne nous occuperons pas de ces dispositions spéciales qui ont pour objet de pourvoir à la représentation d'une personne non présente, soit qu'il s'agisse d'une instance ou d'un acte conservatoire, ou de l'exercice de droits privés qui appartiennent à la personne. Ces mesures, prises dans l'intérêt d'une personne dont l'existence est certaine, sont essentiellement différentes de celles qui concernent l'individu dont l'existence est incertaine.

Nous nous bornerons donc à nous occuper de l'absence proprement dite.

426. — Disons tout d'abord que les dispositions du droit positif en matière d'absence diffèrent entre elles. En effet, pour ce qui est du temps requis pour provoquer la déclaration d'absence, la loi italienne dispose qu'après 3 ans continuels d'absence présumée, ou après 6 ans dans le cas où l'absent a laissé un mandataire pour administrer ses biens, les héritiers naturels présumés et contradictoirement avec eux les héritiers testamentaires, ainsi que toutes les personnes qui prétendent avoir sur les biens de l'absent des droits subordonnés à sa mort peuvent demander au tribunal la déclaration de l'absence. [1] Le Code civil français reconnaît ce droit aux intéressés après 4 ans [2]. Le Code néerlandais exige une période de 5 ans, si l'absent n'a pas laissé de mandataire et de 10 ans s'il en a laissé un. [3] D'après le Code prussien, la déclaration de mort peut être provoquée par le plus proche parent ou par le tuteur de l'absent lorsqu'il s'est écoulé 10 ans depuis qu'on a eu les dernières nouvelles. [4] Aux termes du Code autrichien, un absent ne peut être réputé mort que dans les cas suivants : s'il a 80 ans et si on n'a pas eu de ses nouvelles depuis dix ans à compter de sa disparition : si on n'a pas eu de nouvelles de lui depuis 30 ans ; s'il a *été* grièvement blessé sur un champ de bataille ou s'il s'est

[1] Art. 22, Code civil. Voir sur l'absence d'après le Code civil italien, Colamakino, *Elementi di diritto civile italiano*, T. I, p. 69 et suiv.

[2] Art. 215, C. civ.

[3] Art. 520, 523 et 526 du Code civil néerlandais.

La loi du 9 juillet 1855, a modifié les articles 523, 526 et 549 de ce code à l'égard des individus qui ont disparu à la suite de sinistres maritimes présumés ou connus, en limitant à leur égard le délai à trois ans, quand il est constaté que l'absent faisait partie de l'équipage ou des passagers d'un navire dont on n'a plus de nouvelles, et à un an, lorsque l'absent a disparu à la suite d'un sinistre maritime qui a occasionné la perte d'un navire, d'une partie de son équipage et des passagers.

[4] Art. 82.

trouvé sur un navire qui s'est perdu corps et biens et dont on n'a pas eu de nouvelles depuis 3 ans. [1]

Il faut aussi noter que la procédure de déclaration d'absence diffère dans les diverses législations.

La conception même qui sert de base juridique à l'institution de l'absence n'est pas uniforme dans les divers systèmes de lois. Le législateur italien, par exemple, considère l'absent comme un homme dont l'existence est incertaine, et comme il admet en principe que personne ne peut réclamer un droit au nom d'une personne dont on ignore l'existence, s'il ne prouve pas qu'elle existait lorsque ce droit est né, il règle la condition juridique de la personne dont l'existence est devenue incertaine et les conséquences qui en résultent. Il accorde dès lors d'abord l'envoi temporaire en possession des biens de l'absent, et seulement l'envoi en possession définitif lorsque l'absence a duré 30 ans depuis l'envoi en possession temporaire ou qu'il s'est écoulé 100 ans depuis la naissance de l'absent quand ses dernières nouvelles remontent au moins à 3 ans. [2] L'envoi en possession doit être accordé par le tribunal sur l'instance des parties intéressées. Au contraire, le Code autrichien assimile l'absence à une présomption de décès et n'admet pas la possession provisoire; mais accorde aux intéressés la faculté de faire prononcer, quand il y a lieu, la déclaration de mort, et lorsque cette déclaration a été prononcée et a acquis l'autorité de chose jugée, il considère le jugement comme efficace pour établir en droit comme jour de la mort de l'absent le jour où ce jugement a acquis l'autorité de chose jugée [3]. Il faut dire en outre, qu'aux termes du même Code, la déclaration de mort ne dépouille l'absent des droits qui lui appartiennent qu'à

[1] Art. 24, C. civ.

[2] Il en est de même aux termes du Code civil français (art. 129), sauf que dans le cas où il s'est écoulé 100 ans depuis la naissance de l'absent le législateur français n'exige pas qu'il y ait trois ans qu'on ait eu de ses nouvelles. — (Note du traducteur Ch. A.).

[3] Art. 277 et 278 C. civ.

l'égard des personnes qui ont provoqué la déclaration de mort, à l'égard des autres, l'absent est assimilé aux présents.

Le Code néerlandais admet également la déclaration de présomption de mort[1].

427. — Nous ne nous étendrons pas plus longuement sur les divergences des lois qui règlent l'absence. Ce que nous venons de dire nous paraît suffisant pour faire connaître comment l'application de telle ou telle loi peut entraîner de graves conséquences juridiques, tant pour ce qui concerne la condition juridique de la personne, que pour ce qui a trait aux droits des tiers sur les biens de l'absent.

Quelle doit être la loi qui doit régir la condition de l'absent ? Celle qui règlera les mesures prescrites dans cette situation exceptionnelle ? Celle qui déterminera les droits des tiers et des intéressés, ainsi que toutes les conséquences de l'absence à l'égard du patrimoine laissé par l'absent ?

Les juristes ont examiné la nature de la loi qui régit l'absence, et se sont demandé si elle appartient au statut réel ou au statut personnel, pour savoir si tout doit dépendre de la loi qui régit la condition juridique de la personne, ou de celle du lieu où sont situés les biens, et ils se sont divisés sur ce point.

428. — Brocher est d'avis que les dispositions concernant l'absence appartiennent au statut réel, parce qu'elles ont surtout pour objet de conserver les choses et les droits qui s'y rapportent. Il admet que la loi personnelle doit être appliquée seulement pour ce qui concerne les effets de l'absence, notamment eu égard à la dissolution du mariage, à la garde des enfants et à l'exercice de la puissance paternelle[2].

Laurent dit qu'on devrait admettre en principe que le statut de l'absence est personnel, mais il incline à donner la

[1] Art. 524 et suiv.
[2] Brocher, *Cours de Droit international privé*, T. I, §§ 85, 86.

préférence à la théorie traditionnelle, d'après laquelle les lois sur cette matière ont le caractère de statut réel, par le motif qu'elles ont principalement pour but de conserver les biens de l'absent et de sa famille [1].

Barde soutient d'une façon plus absolue, que l'absence doit être réglée par la *lex rei sitæ*, parce que d'après lui, en substance, tout se réduit à un changement de condition juridique des biens, et que l'état et la capacité de l'absent ne sont aucunement modifiés par suite de la déclaration d'absence [2].

Rocco, qui a étudié le premier cette matière, a cru devoir distinguer dans le fait juridique de l'absence ce qui a une connexité intime avec la personne et doit être soumis à l'empire de la loi personnelle, de ce qui concerne les effets réels sur les biens de l'absent, et doit être régi par la *lex rei sitæ*. De là cet auteur a induit « Qu'en ce qui concerne la pos- « session provisoire des biens de l'absent, pour savoir à qui « elle doit être accordée et après combien de temps d'ab- « sence, et comment on doit régler l'administration des biens, « si on doit ou non exiger une caution, combien de temps « doit durer la caution, et comment on doit répartir les fruits « en cas de retour de l'absent, et pour se prononcer sur d'au- « tres points analogues, tout dépend de la loi de la situation « des biens, et cependant on doit distinguer des biens meu- « bles, des immeubles. En somme, après que l'autorité du « domicile aura proclamé l'absence, chaque autre État ap- « pliquera, en ce qui concerne les biens situés dans son pro- « pre pays, les effets juridiques de l'absence conformément « aux exigences des lois territoriales » [3].

429. — Quant à nous, nous ne pensons pas devoir modifier d'une façon radicale l'opinion que nous avons précédemment soutenue [4], que les dispositions relatives à l'absen-

[1] *Droit civil international*, T. VI, § 336 et suiv.
[2] *Théorie traditionnelle des statuts*, p. 109.
[3] *Diritto civile internazionale*, 3e partie, Ch. XXVIII.
[4] Voir §§ 74-77 de la 1re édition de cet ouvrage publiée en 1869 (Florence, Le Monnier).

ce, prises dans leur ensemble, ayant pour but de protéger les intérêts de la personne qui a disparu et ceux de sa famille, la compétence législative en cette matière doit en principe être attribuée à la souveraineté de l'État dont l'absent est citoyen, et par conséquent nous reconnaissons dans la loi qui règle l'absence, le caractère prédominant du statut personnel. Nous reconnaissons avec Barde et Laurent, que l'absence ne produit pas un véritable changement d'état et de capacité personnels, puisque l'absent n'est pas considéré par le législateur comme une personne, dont la condition sociale subit une modification entraînant un changement de capacité. Il nous semble, néanmoins, que l'absence constitue par elle-même une condition juridique spéciale et tout à fait exceptionnelle, qui met la personne dans l'incapacité de fait d'administrer ses biens et d'exercer ses droits, et qui exige dès lors l'intervention du législateur.

De toute façon, il nous semble clair que tous les législateurs ont plus ou moins largement pourvu à la protection des intérêts des personnes qui disparaissent en laissant leur famille et leur patrimoine abandonnés, parce qu'il est de leur devoir de protéger tous ceux qui font partie de la société civile et qui ont le droit d'être protégés par la loi qui régit cette société. Dès lors, la loi sur l'absence n'a pas d'autre but direct que de régler la condition juridique de celui *dont on ignore l'existence et la résidence*. Or, comme la loi faite dans ce but ne peut être autre que celle à l'empire de laquelle chacun est soumis et par laquelle il doit être protégé, il faut admettre que la compétence législative doit être attribuée au souverain de l'État dont la personne disparue est citoyen.

Quel intérêt peut avoir le souverain territorial à fixer la condition juridique d'un étranger, dont on ignore l'existence et la résidence ? Est-ce que par hasard il est appelé à régler par ses lois les droits et les intérêts de cet étranger et ceux de sa famille ? Si l'on considère que l'absence produit jusqu'à un certain point les mêmes conséquences que la succession, dont elle est une sorte d'ouverture anticipée, et que la

succession et les effets de la succession doivent être régis par la loi personnelle du défunt, quels que soient les biens qui en font partie et quels que soient les pays où ces biens sont situés, on arrive à rendre plus évidente la règle, d'après laquelle on préfère en principe la loi de l'absent.

430. — Nous devons toutefois faire remarquer que cette loi ne peut pas s'appliquer en tous points pour régler l'absence et toutes les conséquences juridiques qui en dérivent. En effet, parmi les mesures qui ont pour objet de protéger les intérêts des absents et ceux des personnes présentes qui peuvent avoir des relations avec eux, et de conserver le patrimoine abandonné par eux, il en est quelques-unes qui doivent être considérées comme des mesures de police motivées par l'obligation sociale, qui incombe à chaque souveraineté de sauvegarder les intérêts des personnes et d'assurer la conservation des choses sur le territoire de l'État. Telles sont les mesures conservatoires provisoires édictées par la loi territoriale, et appliquées durant la période qui précède la déclaration d'absence. Telles sont celles, par exemple, édictées par l'article 21 du Code civil italien, aux termes duquel on doit nommer des mandataires à l'absent pour le représenter dans les procédures, dans les inventaires, dans les comptes, dans les liquidations et les partages où il se trouve intéressé, et d'après lequel les tribunaux ont la faculté d'ordonner toutes les mesures qui peuvent être nécessaires pour la conservation du patrimoine, lorsqu'il y a une simple présomption d'absence.

Comme ces dispositions et toutes autres analogues consacrées par la loi des autres États visent directement la conservation des choses et des droits qu'elles concernent, elles doivent être considérées comme des dispositions de police et de sûreté et ont par conséquent la même autorité que la loi territoriale et le statut réel.

431. — Nous pensons, qu'au contraire, on doit appli-

quer la loi personnelle, lorsqu'il s'agit de prononcer une déclaration d'absence ou une déclaration de mort. En effet, c'est un droit propre à tout État de protéger les intérêts des personnes qui lui sont unies par les liens de souveraineté et ceux de leurs familles, même en ce qui concerne les biens leur appartenant qui sont situés en pays étranger, toutes les fois que l'exercice d'un tel droit ne porte aucune atteinte à ceux de la souveraineté territoriale. Or, comme le souverain ne peut avoir aucun intérêt à régler par ses lois les rapports d'une famille étrangère avec son patrimoine ou ceux des héritiers testamentaires, qui peuvent avoir sur les biens de l'absent des droits subordonnés à la mort de celui-ci, il nous semble, qu'à l'égard de ces mesures, on doit admettre de préférence la compétence de la loi personnelle, qui doit régir les rapports des personnes sur leur patrimoine et la transmission de ce patrimoine à ceux qui peuvent avoir des droits subordonnés à la mort de ces personnes.

Par suite de ces principes, nous sommes d'avis, que si, par exemple, un Hollandais domicilié en Italie avait disparu du lieu de son dernier domicile ou du lieu de sa dernière résidence sans laisser de ses nouvelles, toutes les personnes qui pourraient avoir sur ses biens des droits subordonnés à sa mort, ne pourraient pas, conformément aux dispositions de l'article 22 du Code civil italien, demander aux tribunaux italiens de déclarer l'absence après un délai de trois ans révolus à partir du jour des dernières nouvelles. Comment, en effet, admettre que notre loi, qui n'est pas appelée à régler la succession légitime ou testamentaire d'un Hollandais, puisse être indirectement appelée à la régler quand il s'agit de statuer sur des droits subordonnés à sa mort ?

Dans le système, où l'on admet que la succession immobilière doit être régie par la *lex rei sitæ*, on peut justifier la théorie qui fait dépendre les droits éventuels sur le patrimoine de l'absent de la loi territoriale ; mais dans la doctrine qui, ainsi que nous l'avons démontré, doit être préférée, et qui fait dépendre de la loi personnelle la transmission à

cause de mort du patrimoine, on ne saurait se dispenser, pour être logique, de considérer que tout le système de l'absence doit, pour les mêmes raisons, être régi par la loi personnelle de l'absent. Il faudrait dès lors, dans notre hypothèse d'un citoyen hollandais, se reporter aux dispositions du Code civil des Pays-Bas, d'après lequel la déclaration de présomption de mort est le fondement des droits et des obligations des héritiers présumés et des autres intéressés à la déclaration de présomption de mort de l'absent.

Nous ne saurions voir avec Brocher, dans tout le système législatif qui réglemente l'absence, le caractère de lois de police et de sûreté. En effet, cet auteur soutient qu'on doit appliquer la loi territoriale, parce qu'il considère toutes les dispositions relatives à l'absence comme faisant partie de celles visées dans le premier alinéa de l'article 3 du Code civil français. Il nous semble, au contraire, que le système de l'absence, pris dans son ensemble, présente les mêmes caractères que le statut successoral et doit être soumis aux mêmes règles que la loi de la succession.

432. — La question qui peut se poser naturellement, n'est pas, d'après nous, celle relative à la loi d'après laquelle l'absence doit être déclarée, mais au contraire celle relative à la compétence du tribunal appelé à prononcer la déclaration d'absence ou de présomption de mort. Ce n'est pas ici le lieu d'étudier cette question d'une façon approfondie : nous dirons seulement que le simple fait de la situation dans un Etat des immeubles, sur lesquels les intéressés croient avoir des droits dépendant de la mort de la personne disparue, peut bien légitimer la compétence du tribunal territorial pour ce qui peut concerner les mesures provisoires et conservatrices édictées par la *lex rei sitæ* pour la conservation des biens, mais ne saurait également attribuer au tribunal territorial la compétence pour prononcer la déclaration d'absence. Cette compétence doit principalement être attribuée aux tribunaux nationaux de la per-

sonne de l'absent, même s'il avait son domicile ou sa résidence à l'étranger.

On peut en outre considérer comme compétent le tribunal du dernier domicile ou de la dernière résidence du présumé absent, parce qu'en vertu même de la nature des choses, la déclaration d'absence ne peut être prononcée plus en connaissance de cause, qu'au lieu du dernier domicile ou de la dernière résidence. En effet, c'est là seulement qu'on peut recueillir les preuves et apprécier les causes plus ou moins probables de l'éloignement et du défaut de nouvelles de la personne[1]. De toute façon, à part la question de compétence, nous persistons à soutenir l'opinion que nous avions déjà précédemment adoptée, que lorsque le tribunal d'un Etat peut se considérer comme compétent pour prononcer la déclaration d'absence, il doit appliquer la loi personnelle du présumé absent pour tout ce qui concerne le fond du droit, et peut seulement observer la loi territoriale pour ce qui concerne la forme de la procédure.

433. — Etant donnés les principes que nous venons de mettre en lumière, nous ne saurions partager l'opinion des auteurs qui voudraient scinder tout le système qui règle l'absence, en admettant l'autorité de la loi personnelle en tant qu'elle règle les conséquences dérivant de l'absence sur les rapports personnels, tels que ceux qui concernent

[1] Le principe contraire a été admis par la cour de Douai, qui, considérant qu'aux termes de l'article 59 du Code de procédure civile français, les actions dirigées par un Français contre un étranger peuvent être introduites devant les tribunaux français, surtout quand elles ont pour objet des immeubles possédés en France, décida que le tribunal civil français devait se déclarer compétent pour statuer sur l'absence d'un étranger. Mais nous ferons remarquer que dans le même arrêt, cette cour admit que les dispositions du Code civil français relatives aux absents ne pouvaient pas être appliquées aux étrangers et surtout à ceux qui n'avaient en France ni domicile, ni résidence. Les dispositions d'absence, disait-elle, qui ont trait si immédiatement à l'état des personnes et qui modifient si profondément cet état, ne peuvent pas être appliquées à des étrangers. — Douai, 2 août 1854 (*Journ. du Pal.*, II, 1854, p. 573).

les relations entre époux, le droit de célébrer un second mariage, l'exercice de la puissance paternelle, et en admettant l'autorité de la *lex rei sitæ* pour tous les effets de l'absence sur le patrimoine. Comme toutes les conséquences juridiques qui dérivent de l'absence reposent sur une conception unique et indivisible, celle de la présomption de la vie ou de la mort de l'absent, comment admettre que cette conception puisse être scindée, en considérant les différents rapports dérivant du même fait juridique constaté par application de la même conception, comme s'ils étaient des faits isolés et sans connexité ? Si tout dépend de la vie ou de la mort, comment admettre que la présomption de mort puisse être réglée à un point de vue par une loi, et à un autre par une loi différente ? Pourrait-on par hasard soutenir que la même personne puisse être réputée ici vivante, là morte ? Il nous semble clair que l'ensemble des dispositions relatives à l'absence formant un système unique et indivisible, dont la base est une conception unique, celle de la présomption de vie ou de mort de l'absent, ce système ne saurait être scindé sans scinder l'unité même de la conception, d'après laquelle l'absence est organisée par chaque législateur.

434. — Les conséquences absurdes auxquelles on aboutit en accueillant la théorie de Rocco, admise en partie par Brocher et par Barde, sont de nouveaux arguments en faveur de notre opinion.

Par exemple, aux termes du Code civil italien, on ne saurait obtenir l'envoi en possession définitif qu'après qu'il s'est écoulé 100 ans depuis la naissance de l'absent et 3 ans depuis les dernières nouvelles (art. 36). Au contraire, aux termes du Code civil autrichien, la déclaration de mort dont dépend la possession définitive peut être demandée et décrétée quand il s'est écoulé 80 ans depuis la naissance, et quand depuis 10 ans on ignore le lieu de la demeure de l'absent : la déclaration de mort, d'après le même code,

peut être également décrétée relativement à un individu qui a été grièvement blessé durant la guerre et qui a été absent depuis cette époque pendant trois années consécutives. Or, en admettant le principe que pour les droits réels sur les immeubles de l'absent, on doive appliquer la *lex rei sitæ*, il en résulterait que les intéressés pourraient obtenir en Autriche la possession définitive des biens d'un Italien absent dans les circonstances prévues par l'article 24 du code civil autrichien, tandis que dans les mêmes circonstances, d'après la loi italienne, le dernier terme de présomption de l'existence de l'absent ne se serait pas encore écoulé. De cette façon, la même personne pourrait, le même jour, être réputée morte en Autriche et vivante en Italie. Ces inconvénients ne sauraient se présenter dans notre doctrine. Aussi, voulant les éviter, nous ne saurions admettre l'opinion de Laurent, qui en cette matière se montre hésitant à reconnaître l'autorité de la loi personnelle, et nous dirons de nouveau ce que nous avons déjà dit à plusieurs reprises, que tout doit dépendre de la loi personnelle.

435. — Dans notre ordre d'idées, rien ne s'opposerait à ce que les héritiers testamentaires, les héritiers légitimes, les légataires, les donataires et toutes les personnes qui auraient sur les biens de l'absent des droits subordonnés à sa mort, obtinssent la possession provisoire sur ces mêmes biens, quoique les dispositions de la loi territoriale sur l'absence fussent contraires à cette possession. Quel intérêt, en effet, pourrait avoir la souveraineté territoriale à s'opposer à cette mesure? Pourrait-on par hasard soutenir que le droit social serait atteint par cette application de la loi étrangère à laquelle la personne de l'absent était soumise?

C'est vainement qu'on alléguerait que les immeubles doivent être régis par la loi du lieu où ils sont situés, même en ce qui en concerne la possession. En effet, il ne s'agit

pas de rapports concernant les immeubles et pouvant intéresser le droit social, ni de possession pure et simple de ces mêmes immeubles, mais de droits personnels subordonnés à la condition de mort de l'absent, et nous ne saurions rien voir en cela qui justifie une dérogation à la loi personnelle.

De même, nous pensons que si la loi personnelle, au lieu de prescrire l'envoi en possession temporaire, édictait qu'il serait nommé un curateur pour administrer les biens de l'absent, le magistrat compétent ne pourrait pas, en appliquant la loi territoriale, admettre cette possession, mais devrait nommer un curateur.

436. — Il faudrait, pour les mêmes raisons, statuer d'après la loi personnelle sur la condition juridique de l'absent durant la période qui précède la déclaration de mort et sur les droits éventuels qui pourraient lui appartenir. Si, par exemple, aux termes de la loi personnelle, l'absent était assimilé à une personne présente jusqu'à la déclaration de mort, et si cette déclaration ne devait produire ses effets qu'à partir du jour où elle aurait acquis l'autorité de la chose jugée, il faudrait observer une telle disposition, même s'il s'agissait de l'appliquer dans un autre pays où seraient situés les immeubles de l'absent et qui serait régi par des lois différentes. Etant donné qu'il en est ainsi d'après la loi autrichienne, si un Autrichien absent était appelé à recueillir la succession de son père mort *ab intestat* avant que la sentence prononçant sa déclaration de mort n'eût acquis l'autorité de la chose jugée, et si une partie des immeubles héréditaires se trouvaient situés en Italie, on ne pourrait pas s'opposer à ce que cet absent en acquît la propriété à titre héréditaire. Le magistrat autrichien, devant considérer cet individu comme assimilé aux personnes présentes jusqu'à la déclaration de mort, nommerait un curateur qui accepterait la partie de l'hérédité paternelle appartenant à l'absent, en y comprenant les immeubles situés

en Italie, et administrerait les biens au nom et dans l'intérêt de l'absent. Quand ensuite aurait été prononcée, aux termes des articles 277 et 278 du code civil autrichien, la déclaration de mort, comme cette déclaration produirait effet à partir du jour où elle aurait acquis l'autorité de chose jugée, cette partie de la succession paternelle acquise par le fils ne devrait pas être attribuée aux personnes concurremment avec lesquelles il avait le droit d'être appelé à la succession le jour où cette succession s'est ouverte, c'est-à-dire à ses frères, suivant les dispositions de l'article 43 du code civil italien et 136 du Code civil français[1] ; mais elle devrait au contraire appartenir aux héritiers de la personne dont la mort aurait été déclarée.

437. —Sans entrer dans d'autres détails, nous croyons ce que nous avons dit jusqu'ici suffisant pour démontrer qu'on doit résoudre par application de la loi personnelle toutes les questions qui peuvent naître de l'absence, tant à l'égard des droits des héritiers et des intéressés sur les biens de l'absent, qu'à l'égard de ceux appartenant à l'absent lui-même s'il revient ou si on prouve son existence. Nous admettrons l'application de la loi territoriale seulement pour les rapports qui peuvent intéresser le droit social. C'est ce qu'on peut dire notamment des dispositions qui concernent les droits acquis par les tiers possesseurs des biens de l'absent, qui leur ont été transférés par les personnes envoyées en possession définitive ; des effets de la bonne foi des tiers à l'égard de la perception des fruits ; des droits acquis par la prescription. Nous admettons que tous ces rapports doivent

[1] Aux termes de l'article 42 du Code civil italien et de l'article 135 du Code civil français, personne ne peut être admis à réclamer un droit au nom d'une personne dont on ignore l'existence, lorsque ce droit est né, et dès lors, en cas d'ouverture d'une succession à laquelle est appelée une personne déclarée absente, la succession est dévolue à ceux avec lesquels l'absent aurait eu le droit de concourir, à moins que les héritiers de l'absent ne puissent prouver que ce dernier existait encore au jour de l'ouverture de la succession.

être réglés par application de la *lex rei sitæ*, parce qu'on doit les considérer comme des faits juridiques accomplis sous l'empire de cette loi et indépendants de la loi personnelle.

438. — Une dernière remarque que nous voulons faire, c'est que dans notre système comme la compétence du tribunal du lieu du domicile peut être justifiée en matière d'absence, en même temps que celle des tribunaux de la patrie de l'absent, et comme la sentence doit être efficace à l'égard de tous les biens, quelles qu'en soient la nature et la situation, il peut arriver que les intéressés veuillent exercer les droits dérivant du jugement déclaratif d'absence sur les immeubles situés dans un autre Etat. Il sera alors nécessaire que le jugement par lequel le tribunal étranger aura déclaré l'absence soit déclaré exécutoire par le tribunal compétent de l'Etat où se trouvent situés les immeubles de l'absent. Il faudra dans ce cas se référer aux principes généraux, qui doivent régler l'exécution des sentences étrangères, pour décider quand il y a lieu d'accorder ou de refuser l'*exequatur* au jugement dont s'agit.

439. — Les principes que nous venons d'exposer peuvent servir à résoudre toute difficulté en matière de droit international. Toutefois lorsque dans un pays prévaudrait la théorie traditionnelle enseignée par les auteurs et consacrée par le Code civil français, que tous les rapports concernant les immeubles doivent être régis de préférence par la *lex rei sitæ*, on devrait y appliquer des règles toutes différentes de celles que nous avons proposées. En France, par exemple, on pourrait soutenir, qu'aux termes de l'art. 3 du Code civil, les immeubles devant être régis par la loi française [1],

[1] Nous persistons à soutenir que l'art. 3 du Code civil étant muet sur la question (Voir *suprà* note 1 *bis*, p. 142) rien ne s'oppose en matière d'absence, pas plus qu'en matière de succession, à ce qu'on applique même en ce qui concerne les immeubles, la loi personnelle, c'est-à-dire la loi nationale. (Note du traducteur Ch. A.).

même lorsqu'ils appartiendraient à un étranger, cette loi devrait être appliquée pour déterminer les droits sur les immeubles d'un étranger absent qui sont situés en France, et pour en régler la conservation et l'administration. On pourrait aussi soutenir que pour rester fidèle à la tradition, les biens meubles de l'absent devraient être régis par sa loi personnelle, et ainsi on pourrait admettre également les autres anomalies qui dérivent de la théorie traditionnelle des statuts et qui sont en opposition avec la logique du droit. Toutefois, il ne nous appartient pas d'examiner de quelle manière la question peut être résolue d'après la loi interne de chaque Etat et d'après les principes du droit international qui y prévalent ; mais nous devons nous borner à exposer comment elle devrait être résolue d'après les justes principes. Il viendra peut-être un temps où les justes principes du droit international seront consacrés par la loi interne de chaque Etat, et où existera entre les Etats civilisés la communauté de droit souhaitée par Savigny ; mais elle ne pourra pas se réaliser, si les auteurs continuent à discuter sur les statuts réels et personnels suivant la doctrine traditionnelle et à vouloir lui donner l'autorité que quelques juristes ont cru devoir lui accorder en cette matière.

CHAPITRE VII

DES PERSONNES INCAPABLES ET DES MESURES DE PROTECTION ÉTABLIES PAR LES LOIS DANS L'INTÉRÊT DE CES PERSONNES.

440. Considérations générales sur les incapacités juridiques. — 441. Division du sujet.

440. — La loi à laquelle chaque personne est naturellement soumise est celle d'après laquelle en doit déterminer si quelqu'un peut avoir la pleine faculté et la liberté de s'obliger et de disposer des choses qui lui appartiennent, ou si au contraire il doit être soumis au pouvoir et à l'autorité d'autres personnes avec plus ou moins de restrictions. Dans notre système, cette autorité doit être attribuée à la loi de l'État dont chacun est citoyen, il faut appliquer cette loi pour dire qui a et qui n'a pas la personnalité juridique complète, et quelles sont les conditions constitutives de cette personnalité. Ces restrictions peuvent parfois consister dans la réalisation d'un fait pur et simple, tel que par exemple l'accomplissement du terme fixé pour la majorité ; parfois elles peuvent consister dans un fait juridique visé par la loi et accompli dans les formes par elle requises. Telles sont, par exemple, l'émancipation, la concession souveraine, la célébration du mariage.

Les infirmités physiques n'ont, en général, aucune influence sur la capacité juridique des personnes. Comme cependant, elles peuvent mettre les individus qui en sont affectés dans l'impossibilité de remplir les conditions indis-

pensables à la validité de certains actes, on devra décider d'après leur loi personnelle si leur capacité doit être indirectement restreinte, et quelles sont les limites de cette restriction. Cela peut se réaliser à l'égard des aveugles des sourds et muets et des personnes affectées de certaines maladies contagieuses.

Les infirmités morales peuvent au contraire contribuer à mettre les personnes, qui en sont affectées, soit dans l'impossibilité d'administrer leur patrimoine et de gouverner leur personne, comme cela a lieu à l'égard des aliénés : soit à créer un obstacle à ce qu'elles le fassent convenablement et sans préjudicier à leurs intérêts, comme cela a lieu pour les individus qui, sans être aliénés, sont jusqu'à un certain point faibles d'esprit, et comme cela a lieu également pour les prodigues.

441. — Nous nous occuperons d'abord des personnes qui sont qualifiées par le législateur juridiquement incapables, et nous déterminerons la loi dont doivent dépendre les incapacités juridiques et qui doit régler la nullité ou l'annullabilité des actes faits par les incapables. Nous traiterons ensuite des mesures légales de protection établies dans leur intérêt, et nous examinerons d'une façon spéciale la tutelle, la curatelle et les autres institutions analogues, et finalement nous nous occuperons de l'interdiction.

§ 1.

Des incapacités juridiques et de la loi qui doit régir les actes des incapables.

442. — Toutes les raisons que nous avons exposées précédemment, pour démontrer que l'état des personnes doit dépendre en principe de la loi de l'Etat dont elles sont citoyens, peuvent être invoquées pour arriver à la conclusion, que les effets, que le sexe, l'âge et les infirmités physiques et morales peuvent exercer sur la capacité juridique de chacun, doivent dépendre également en principe de la même loi. Dès lors, la question de savoir si quelqu'un doit être réputé majeur ou mineur, pubère ou impubère, émancipé, ou soumis à un conseil judiciaire, interdit ou déclaré incapable, et la condition juridique de chaque personne ainsi qualifiée devront être déterminées, en appliquant en principe la loi personnelle de chacun, quel que puisse être le pays où cette question ait été soulevée et où aient été accomplis par l'incapable les actes à l'égard desquels il y a lieu de se prononcer.

Le domicile de la personne ne peut pas exercer une influence décisive dans le système qui donne la préférence à la loi de l'État dont chacun est citoyen, en ce qui concerne toutes les questions relatives à l'état et à la capacité juridiques. Aussi sera-t-il nécessaire d'appliquer les règles que nous avons posées plus haut pour déterminer les cas dans lesquels le domicile peut exercer une influence. [1]

Il est inutile d'invoquer ici les arguments déjà développés dans les chapitres précédents. [2] Nous dirons seulement que notre théorie n'est pas absolument nouvelle, car nous la trouvons consacrée par un arrêt de la Cour suprême de Louisiane dans l'espèce suivante : Un individu, né en Louisiane en 1802, fixa son domicile en Espagne. En 1827, il intenta une action pour revendiquer une partie de la succession de son aïeule maternelle, et alors se posa la question de savoir si on devait le considérer comme mineur d'après la loi espagnole, parce qu'il n'avait pas 25 ans accomplis. La Cour décida que l'état et la condition juridiques dépendaient toujours de la loi du domicile d'origine, en quelque lieu que la personne allât demeurer, et la considéra dès lors comme majeure à 21 ans d'après la loi de la Louisiane et accueillit l'action. [3]

443. — On ne peut pas non plus soutenir en principe, que pour apprécier la validité des actes d'un incapable, on doive se reporter à la loi en vigueur au lieu où l'acte a été accompli par lui. Certains auteurs ont soutenu que la loi

[1] Voir *suprà*, 58 et suiv.

[2] Voir *suprà*, Ch. V.

[3] La théorie contraire est soutenue par les auteurs qui donnent la préférence à la loi du domicile. Parmi eux nous citerons Burgundius, Voët et Hertius. Ce dernier s'exprime ainsi : *Status et qualitas personæ regitur a legibus loci, cui ipsa sese per domicilium subjecit. Atque inde etiam fit, ut qui major hic, alibi, mutato scilicet domicilio, incipiat fieri minor.* (Burgundius, tract. II, nos 5, 6, 7 ; Rodenburg, *De Diversit. stat.*, tit. II, part. 2e, c. I, n. 3, 9 ; Voët, *loc. cit.* ; Hertius, *Opera* (édit. 1716), t. II, n. 15, p. 22 ; *id.*, p. 173, 175.

personnelle doit être appliquée pour résoudre la pure question d'état, mais qu'en ce qui concerne la validité juridique des actes accomplis par un incapable, tout devrait dépendre de la loi du lieu où l'acte aurait été accompli. Telle est l'opinion de Mailher de Chassat, qui dit que la loi de la patrie de chacun ne peut régler la validité des actes accomplis par lui en pays étranger, parce que l'homme qui opère et agit dans un pays est soumis à l'empire des lois qui sont en vigueur en ce lieu : « Le Russe, l'Anglais, le Prussien, admis sur le « sol français à l'exercice de certains droits civils à côté du « régnicole devra donc justifier comme lui, de sa qualité, « conformément à la loi française. S'il est majeur à vingt ans « dans sa patrie, il sera mineur en France, et les disposi- « tions des articles 388, 488, 1108, 1125, et autres du Code « civil, lui seront applicables, réciproquement, s'il est mi- « neur dans sa patrie où la majorité est fixée à vingt-cinq « ans, et qu'il agisse ou contracte comme majeur en France « ayant atteint vingt-et-un ans, il sera non recevable à « faire annuler ses obligations devant les tribunaux fran- « çais, pour défaut de capacité (jugement du tribunal de « commerce de Paris du 30 décembre 1883). Nul ne peut « exercer dans un pays qui n'est pas le sien un acte, un « droit, que conformément aux lois de ce pays. Vivre dans « un pays, c'est se soumettre en tous sens à sa souverai- « neté ; c'est par conséquent, agir d'après le mode d'action « déterminé par les lois de cette souveraineté. »[1]

444. — Dans le système de Mailher de Chassat, on conclut que l'étranger, en ce qui concerne sa capacité, doit être réputé soumis à la loi de sa patrie, à la condition que l'application de cette loi ne compromette pas l'intérêt privé d'un Français. Cette théorie tendrait à ériger en système la disposition de l'article 37 de l'ordonnance du 26 septembre 1837 sur l'organisation de la justice en Algérie, qui est ainsi con-

[1] Mailher de Chassat, *Traité des statuts*, n° 237, p. 324.

çu : « La loi française régit les conventions et les contesta- « tions entre Français et étrangers». Elle n'est pas toutefois conciliable avec les principes rationnels sur lesquels repose le système que nous soutenons, ni avec les dispositions du Code civil français, aux termes duquel le Français en pays étranger est toujours soumis à l'empire de la loi française. La conséquence logique de cette disposition est que l'étranger en France doit être, en ce qui concerne sa capacité, réputé soumis à la loi de sa patrie. Cette règle doit être admise, non seulement par un principe de juste réciprocité, et pour éviter des mesures de rétorsion à l'égard des Français en pays étranger, mais surtout parce qu'elle est la plus conforme aux principes généraux du droit, ainsi que du reste cela a été reconnu par les jurisconsultes français eux-mêmes.

445. — Il nous semble tout à fait à propos de rapporter l'opinion de Pardessus, qui s'exprimait ainsi à ce sujet [1] : « Une personne déclarée incapable par la loi du pays, dont « elle est sujette, ne peut être relevée de cette incapacité par « l'application d'une loi française. Elle n'est capable, que « dans les limites de sa loi nationale (Cass. 1er février 1813 « pour les actes qu'elle lui permet, et même qu'en remplis- « sant les conditions prescrites par cette loi. [2] L'intérêt d'un » gouvernement est de faire respecter, en faveur d'un sujet « d'un autre, lorsqu'il est traduit devant les tribunaux de son « territoire, les lois, sur la foi desquelles cet étranger a con- « tracté, et même de ne pas tolérer, qu'il se soustraie, en « changeant de juridiction, aux lois qui règlent sa capacité, « et auxquelles le soumet, quelque part qu'il habite, la fidé- « lité qu'il doit à son souverain.... La loi, qui règle la capa- « cité de l'étranger, le suit partout : il serait contraire à la « justice qu'il puisât dans une législation, à laquelle il n'est « pas soumis, un avantage, que ne lui accorde pas la sienne

[1] Pardessus, *Droit commercial*, nos 1482 et 1483.
[2] N. 1482.

« propre [1].... Quiconque traite avec un individu peut lui « demander la preuve qu'il est majeur, et s'il est mineur, « s'éclairer sur les conditions d'après lesquelles il peut « s'engager valablement.... Dans l'un et l'autre cas on peut « prévenir le danger des fausses obligations, en leur don- « nant des garanties. » [2]

Telle est ainsi l'opinion de Duranton, de Zachariæ, de Nouguier, d'Aubry et Rau, de Fœlix et d'autres auteurs. [3]

446. — La raison que fait valoir Mailher de Chassat, qui est aussi invoquée par Grotius, par Burge, par Valette [4] et par d'autres auteurs, que la loi étrangère n'est pas obligatoire pour les Français, qui ne la connaissent pas et qui ne doivent pas la connaître, est peu fondée. Nous ne prétendons pas soutenir qu'un individu, qui fait une convention avec un étranger, soit obligé de connaître les lois du pays étranger, ni que ces lois l'obligent, mais uniquement que la capacité du mineur pour s'obliger doit être réglée par la loi de son pays. Et l'on ne saurait dire avec raison que les citoyens d'un État peuvent être lésés dans leurs rapports avec les étrangers, parce que si cela arrivait, ce fait serait imputable à leur négligence, car ils auraient dû prendre des informations exactes et s'assurer de la capacité de celui avec lequel ils ont traité. Un principe très connu c'est que, *qui cum alio contrahit vel est, vel esse debet non ignarus conditionis ejus.* [5] Dès lors, si

[1] Pardessus, 1482 bis.

[2] *Id.* 1483.

[3] Duranton, T. I, p. 57 ; Richelot, T. I, p. 58 ; Zachariæ, *Droit civil,* § 31 ; Nouguier, *Lettre de change,* T. I, p. 475 ; Aubry et Rau, note sous le § 31 de Zachariæ ; Fœlix, n° 88 ; Paris, 23 juin 1836 et 25 novembre 1859; Bordeaux, 15 juillet 1841; Paris, 22 février 1843; Rennes, 16 mars 1842.

[4] Grotius, *De jure belli et pacis,* I, II, c. II, § 5, n° 2 ; Burge, *Commentaries on colonial and foreign Law,* 1re partie, Ch. IV, p. 132 ; Voir Story, n° 1020; Valette, *Notes sur Proudhon, De l'état des personnes,* T. I, p. 85 et 98 ; Cour de Paris, 15 mai 1851.

[5] L. 19, Dig., *De regulis juris.*

[5 bis]. Nous persistons à soutenir (voir *suprà,* p. 92, note 1), qu'il est

un Français majeur avait voulu contracter avec un Espagnol mineur sans avoir pris les précautions voulues, cette négligence ne devrait pas être un titre en sa faveur.

La jurisprudence la plus récente consacre notre théorie. Le Sénat de Varsovie a décidé que la capacité d'un mineur étranger doit être régie par le statut personnel, même en ce qui concerne les actes accomplis à l'égard des immeubles situés en pays étranger. Par suite, contrairement aux décisions du Tribunal et de la Cour d'appel de Varsovie, il a jugé qu'un Autrichien âgé de 23 ans, propriétaire de terres en Pologne, qui avait contracté des obligations à l'égard de tels immeubles sans autorisation du Conseil de tutelle, ne pouvait pas être réputé capable, bien qu'aux termes de la *lex rei sitæ* toute personne qui aurait eu 21 ans accomplis aurait pu s'obliger valablement sans limite. [1]

La Cour de Paris a admis la même règle à l'égard d'un Espagnol domicilié en France, qui avait 21 ans accomplis, mais qui était encore mineur aux termes de la loi espagnole qui fixe la majorité à 25 ans.

447. — Toutefois, à la règle que nous avons posée, il faut

exorbitant d'exiger d'un tiers qu'avant de contracter avec un étranger, il s'informe exactement de la capacité de cet étranger d'après sa loi nationale. Ce sera souvent pratiquement impossible. Comment, en effet, à moins de s'adresser à des spécialistes, ou à des juristes du pays de la personne, savoir exactement sa capacité ? Et, du reste, à moins d'être initié au droit, il ne viendra à l'esprit de personne, qu'un individu capable d'après la loi du pays, la loi française par exemple, est incapable d'après la loi russe. Si la maxime, que nul n'est censé ignorer la loi, est raisonnable quand il s'agit de la loi du pays, elle est injustifiable, contraire à toute idée pratique et souverainement inique, si on veut l'étendre à toute loi étrangère quelle qu'elle soit. (Note du traducteur, Ch. A.).

[1] Sénat de Varsovie, 1873, *Journ. du Dr. internat. privé*, 1874, p. 48. Voir aussi Cour de Paris, 20 février 1858, de Lizzardi, cité en note de l'arrêt de la Cour de cassation française du 16 janvier 1861, *Journal du Palais*, 1862, p. 127, et l'arrêt de la Cour de Liège du 31 décembre 1879 à propos de la vente d'immeubles faite en Belgique par un Hollandais qui avait plus de 21 ans et qui, majeur d'après la loi belge, était encore mineur aux termes de la loi néerlandaise, qui fixe la majorité à 23 ans accomplis. *Pasicrisie belge*, 1880, II, 122.

faire l'exception habituelle, que la loi étrangère, qui refuse la capacité ou qui règle les conséquences juridiques de l'incapacité à l'égard de la nullité ou de l'annulabilité des actes, ne doit pas être appliquée, si les dispositions de cette loi sont en opposition avec les principes généraux du droit ou avec les principes d'ordre public en vigueur dans le pays étranger. C'est ce que, par exemple, on devrait décider à l'égard d'une loi, qui déclarerait la femme absolument incapable de s'obliger, parce qu'elle lui refuserait la personnalité juridique à raison du sexe, et de certaines lois exceptionnelles relatives aux mineurs.

448. — Aux termes de la loi anglaise de 1874, qui concerne les contrats passés par des mineurs, il a été disposé, que l'on doit réputer nul de droit tout contrat, écrit ou non, passé par un mineur pour prêt d'argent, ouverture de crédit, fourniture de marchandises ou d'objets mobiliers, à l'exception des objets qui pourraient lui être nécessaires pour les besoins de la vie. Il a été disposé de même à l'égard du règlement de compte consenti par un mineur. On a excepté seulement les contrats faits par un mineur, qui seraient déclarés valables d'après les lois en vigueur présentes ou futures et d'après les principes du droit commun et de l'équité. Cette loi, ayant déclaré nul de plein droit le contrat passé par un mineur, a disposé que celui-ci devenu majeur ne pourrait pas valablement ratifier l'obligation contractée durant sa minorité, et que l'on devrait réputer nulle la ratification d'une telle obligation, même lorsqu'elle serait fondée sur un fait nouveau survenu depuis la majorité.

Ce système véritablement injustifiable fut motivé par l'intention de protéger les fils mineurs des familles nobles, et de rendre impossible à leur égard toute sorte de convention durant leur minorité, de façon à ôter aux tiers toute espérance que la promesse faite par le mineur de ratifier à sa majorité de telles conventions pût être valable. Nous devons toutefois reconnaître qu'une telle loi, qui consacre un sys-

tème de protection à outrance, a le caractère d'une loi de police. Nous ne croyons dès lors pas, qu'on puisse admettre qu'un mineur anglais qui se serait obligé en Italie, et qui pourrait certainement, en raison de son incapacité, demander l'annulation de l'obligation par lui contractée, puisse également faire déclarer nul le contrat par lui conclu durant sa minorité, mais ensuite régulièrement ratifié par lui en Italie depuis sa majorité, en observant les dispositions de l'article 1309 du Code civil italien. Il faut, en effet, considérer avant tout, que l'on doit appliquer à la ratification la règle par nous posée au § 132, et noter en outre que la règle exceptionnelle consacrée par le législateur anglais doit être considérée comme une mesure de police, à laquelle on doit attribuer comme telle le caractère de loi territoriale.

449. — On doit considérer comme une disposition d'ordre public celle qui exclut l'action en nullité à l'égard des obligations contractées par un mineur, qui a dissimulé sa condition à l'aide de manœuvres frauduleuses, de façon à faire croire qu'il était majeur. [1]

La Cour anglaise des faillites a décidé, qu'un mineur qui s'est fait passer pour majeur, et qui a, comme tel, fait des actes de commerce, peut être déclaré en faillite à raison des dettes par lui contractées dans l'exercice de son commerce. [2]

Notons toutefois que, pour exclure l'action en nullité fondée sur l'incapacité d'après la loi personnelle d'un étranger, il est toujours nécessaire qu'il ait employé des manœuvres frauduleuses pour se faire croire capable. Par conséquent, il ne devrait pas suffire qu'un étranger eût déclaré qu'il était capable, ou que l'autre partie l'eût cru tel de bonne foi.

[1] Compar. Cour de Paris, 10 juin 1879, dans l'affaire Santo Venia (de Cuba), lequel avait souscrit des lettres de change en France (*Journ. du Dr. internat. privé*, 1879, p. 488).

[2] Cour des faillites, 17 janvier 1876, Lynch-Weck (*Rép.*, vol. XXIV, p. 375).

450. — La Cour de cassation française, dans son arrêt du 16 février 1861, a donné toute l'importance à la bonne foi d'un Français qui avait contracté avec un Mexicain, et à la circonstance qu'il avait ignoré que l'autre contractant fût étranger,[1] et a admis que lorsqu'un citoyen a contracté sans légèreté, sans imprudence et de bonne foi avec une personne dont il ignorait la condition d'étranger, et lorsque cette personne est majeure d'après la loi du pays, on peut avec raison rejeter l'action de cet étranger, qui demande la nullité du contrat à raison de son incapacité.

Il nous semble, qu'on doit admettre comme une règle certaine, que la faculté pour un étranger de demander l'application de la loi personnelle dans un pays étranger pour faire annuler une obligation par lui contractée, ne doit jamais être accordée à celui qui, à l'aide de manœuvres frauduleuses, a surpris la bonne foi de l'autre contractant, soit en cachant artificieusement sa condition d'étranger, soit en l'induisant en erreur à l'égard de sa condition juridique et de son incapacité. La protection due aux incapables doit toujours cesser là où commence la mauvaise foi de leur part. Par conséquent, quand on a fait la preuve des manœuvres frauduleuses contre l'incapable, qui demande la nullité du contrat, cette preuve doit être réputée décisive pour rendre l'action inadmissible. Mais nous ne saurions également admettre, avec la Cour de cassation française, que la preuve de la part de l'individu qui a contracté avec l'incapable, qu'il n'a pas agi légèrement, mais qu'il a été de bonne foi, puisse être considérée comme péremptoire pour exclure l'action en nullité. En effet, cela conduirait à détruire tout le système, d'après lequel les lois relatives à la capacité doivent régir les actes des citoyens à l'étranger. Il ne doit certes pas suffire de croire capable quelqu'un qui est légalement incapable, pour en déduire que le contrat par lui conclu doive être

[1] Cass., 16 janvier 1861, Di Lizzardi c. Chaize et consorts (*Journ. du Palais*, 1862, p. 427).

réputé valable, parce que *qui cum alio contrahit vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus.*

451. — Nous croyons utile de dire que l'on doit laisser au juge une certaine latitude d'appréciation à l'égard de la mauvaise foi et des manœuvres frauduleuses d'un étranger incapable, et qu'il doit surtout tenir compte de la nature du contrat et du caractère de l'obligation. On ne devra pas, dans tous les cas, considérer comme nécessaires le dol et la fraude. Il peut exister des cas et des circonstances, où les simples artifices peuvent avoir les caractères d'une véritable manœuvre pour surprendre la bonne foi d'un commerçant, et doivent être réputés suffisants pour exclure l'action en nullité de la convention.

Ainsi, par exemple, quelqu'un qui aurait passé des contrats relatifs aux immeubles d'un mineur étranger, ou qui lui aurait prêté des sommes considérables sous la forme de lettres de change ou autrement, ne pourrait repousser l'action en nullité du contrat intentée par l'incapable, qu'en prouvant sa fraude, tandis qu'au contraire celui qui aurait fourni au mineur étranger le nécessaire pour les besoins de la vie en rapport avec sa position, pourrait avec raison repousser l'action, en démontrant la mauvaise foi de l'incapable, qui aurait surpris sa bonne foi par de simples artifices.

452. — Nous concluons dès lors, que l'on doit appliquer la loi de l'État dont chacun est citoyen pour décider quand l'individu est majeur ou mineur, capable ou incapable de faire certains actes de la vie civile, et que c'est d'après cette même loi qu'on doit apprécier les actions en rescision, en restitution, et en nullité pour défaut de capacité, car, comme l'a dit Cujas, *Restitutio in integrum est in personam : personale enim beneficium est. Cur enim restituitur ? ob infirmitatem ætatis.* [1]

[1] L. 13 Dig., *De minoribus.*

453. — Nous noterons, en outre, que c'est d'après cette même loi personnelle qu'on devra décider quand l'action en nullité appartenant à l'incapable sera soumise à la prescription. Mais on pourra se demander si dans le cas de contrats relatifs aux immeubles, la prescription doit être régie par la loi territoriale. La Cour de Liège l'a jugé, à propos de la vente d'un immeuble faite en Belgique par deux Hollandais, qui avaient plus de 21 ans, mais qui étaient mineurs aux termes du Code civil des Pays-Bas, dont l'article 385 fixe la majorité à 23 ans [1]. Elle a décidé que l'on devait appliquer la loi belge pour déterminer la durée de l'action en nullité, et comme aux termes de l'article 1304 du Code civil français en vigueur en Belgique, cette durée est de 10 ans, elle a admis la demande, bien que sept ans s'étaient écoulés depuis que les vendeurs étaient devenus majeurs, et que l'article 1490 du Code civil néerlandais soumette l'action en nullité qui appartient aux mineurs à la prescription quinquennale. La Cour a considéré que la loi qui fixe la durée d'une telle action est édictée dans un intérêt d'ordre public, pour empêcher que les propriétés ne demeurent incertaines, qu'elle constitue dès lors une loi réelle, à laquelle les étrangers doivent être soumis.

Nous dirons toutefois que, la *restitutio in integrum* étant une mesure de protection légale établie par la loi à laquelle la personne doit être soumise, pour protéger les intérêts de cette personne, doit être régie par la loi personnelle de l'incapable, et que cette même loi doit aussi régler l'action en nullité et la prescription à laquelle elle est soumise.

Il faut en effet considérer que tant vaut le droit appartenant à chacun, tant vaut l'action judiciaire instituée pour le protéger, et tant valent par suite l'action et le terme établis par la loi pour exercer utilement cette action. Or, il nous paraît clair que le droit pour l'incapable de demander la *res-*

[1] Liège, 31 décembre 1889 (Erambert c. Clerdent et van Wesseur), *Pasicrisie belge*, 1880, II, 122.

titutio in integrum, l'action judiciaire et le terme pour agir utilement, tout en un mot repose sur la même idée juridique, celle de la protection légale de l'incapable, et comme cette protection doit appartenir à la loi personnelle de chacun, de cette même loi doit dépendre, non seulement le droit, mais encore l'action et la prescription de l'action, et l'on ne saurait faire aucune différence suivant que la cause qui donne lieu à l'action est un contrat relatif à une chose mobilière ou à un immeuble.

454. — Le mineur peut être libéré en tout ou en partie de la puissance paternelle ou de l'autorité du tuteur, quant à l'exercice de certains droits, au moyen de l'émancipation qui peut être soit expresse, soit tacite. La première a lieu au moyen de la déclaration faite par les personnes auxquelles la loi accorde le droit d'émanciper le mineur, en observant les règles et les formalités fixées par cette même loi. La seconde est celle qui est la conséquence d'un fait juridique auquel la loi attache cette conséquence ; tel peut être notamment le mariage.

Il est clair que l'émancipation expresse ne peut s'opérer que d'après la loi dont le mineur est citoyen. Cette institution devant, par sa nature, être considérée comme destinée à pourvoir dans les meilleures conditions, aux intérêts du mineur, doit être régie par sa loi personnelle, tant pour ce qui concerne les conditions requises pour la réaliser, que pour ce qui est, soit des personnes auxquelles est attribué le pouvoir nécessaire à cet effet, soit des formalités nécessaires et des effets qui en dérivent à l'égard de la capacité du mineur émancipé et des droits qui doivent être réputés lui être conférés.

455. — Dans le cas où la loi personnelle de la personne sous la puissance de laquelle le mineur serait placé serait différente de celle du mineur lui-même (ce qui peut arriver quand ils appartiennent chacun à un État différent), il fau-

drait appliquer la loi personnelle du mineur pour décider, si et comment, l'émancipation devrait être opérée. Nous disons cela, parce que nous considérons l'émancipation, non comme un droit de la personne sous la puissance de laquelle le mineur se trouve placé, mais comme une mesure exceptionnelle édictée par le législateur dans l'intérêt du mineur, auquel il attribue le droit à une capacité exceptionnelle, intermédiaire entre la minorité et la majorité, en considération du développement de facultés intellectuelles plus précoces, de façon à lui permettre de mieux pourvoir à l'administration de ses biens par la jouissance d'une certaine indépendance personnelle. S'agissant dès lors d'une mesure qui a pour objet la défense d'une personne qui n'est pas entièrement capable d'agir par elle-même, il en résulte clairement pour nous, que tout doit dépendre de la loi personnelle du mineur, qui est celle qui doit servir à le défendre, à le protéger et à sauvegarder ses intérêts.

Par conséquent, c'est d'après cette loi qu'on devra décider s'il doit ou non être émancipé par le mariage. Dès lors, un mineur de la Louisiane, par exemple, qui se marierait en Italie, ne serait pas émancipé de droit aux termes de l'article 310 du Code civil italien, parce que la loi de la Louisiane ne dispose pas en ce sens [1].

[1] Compar., *Revue de la Jurisprudence de la Louisiane, Journ. du Dr. intern. privé*, 1877, p. 127.

§ 2.

Des mesures de protection établies par la loi dans l'intérêt des incapables (tutelle, curatelle, etc., etc.)

456. — Maintenant, nous allons examiner les mesures de protection établies dans l'intérêt des personnes incapables, soit à raison de l'âge, soit d'infirmités physiques ou morales, de gouverner leur personne et d'administrer leurs biens. Elles varient d'après les législations des différents pays et suivant les cas prévus par chacune de ces législations. Outre la puissance paternelle et l'administration légale, il peut exister notamment la tutelle, la curatelle, l'administration provisoire et le conseil judiciaire. Il faudra, pour ce qui concerne chacune de ces mesures, s'en référer à la loi de l'État dont l'incapable est citoyen, pour déterminer comment, dans chaque cas, il doit être pourvu

à la protection de la personne et à l'administration des biens. Nous ne saurions partager l'opinion des auteurs qui voudraient donner la préférence à la loi du lieu où l'incapable est domicilié, parce que nous sommes d'avis que ces mesures, ayant pour objet de défendre les intérêts des incapables, la compétence législative spéciale doit, en cette matière, être attribuée à l'État dont l'incapable est citoyen. Nous admettons seulement, par voie d'exception, que la loi du domicile ou de la résidence peut être appliquée,lorsque celle de la patrie ne pourvoit pas à la protection de la personne et que l'on peut, dans tous les cas, par application de la loi du domicile, décréter les mesures urgentes surtout quand, à raison de l'éloignement, il est difficile de faire appliquer une mesure édictée par la loi de la patrie.

Nous admettons, en outre, dans l'hypothèse d'un mineur étranger abandonné par ses parents, dont la patrie est incertaine et qui n'a pas de parents pour le protéger, qu'on peut instituer la tutelle ou toute autre mesure de protection légale, conformément à la loi du pays où se trouve le mineur, loi dont on peut appliquer les règles relatives aux mineurs issus de parents inconnus. En Italie, par exemple, on devrait alors instituer un conseil de tutelle aux termes de l'article 261 du Code civil. [1]

457. — Les consuls sont ordinairement appelés à protéger les intérêts des étrangers incapables. Leurs attributions en cette matière sont réglées par les conventions consulaires et par les traités.

En principe, les autorités locales ont le devoir d'avertir immédiatement le consul ou l'agent consulaire de l'État étranger, lorsqu'il s'agit de pourvoir à la protection des intérêts d'un mineur ou d'un incapable qui est citoyen de

[1] La Cour de Rouen a admis la même règle à l'égard du consul judiciaire et a décidé, qu'il pouvait être donné à un étranger résidant en France et qui n'avait aucun parent connu. 3 octobre 1853, Dalloz, 54, 2, 145.

l'État représenté par le consul. Quant à ce dernier, il doit se reporter à la loi de son pays et aux conventions existantes pour ce qui concerne les mesures qu'il doit provoquer et les fonctions qu'il doit exercer, quand il y a lieu de procéder d'office à certaines opérations, et appliquer la loi territoriale pour ce qui concerne les formalités extrinsèques de ces mêmes opérations.

Ainsi, par exemple, c'est d'après la loi de la patrie du mineur ou de l'incapable, qu'on devra décider si le consul doit faire l'inventaire, procéder à la vente des meubles, faire des actes d'administration urgents jusqu'à l'organisation de la tutelle ou de la curatelle ; mais pour ce qui est des formes extérieures requises pour faire l'inventaire ou pour procéder à la vente, on devra consulter la loi territoriale.[1]

458. — Certains auteurs, notamment Massé[2] et Rocco,[3] ont cru devoir faire une distinction entre les mesures de protection édictées dans l'intérêt des personnes et celles qui ont pour objet direct la conservation et l'administration des biens. Ainsi, ils disent que le tuteur du mineur ou de l'interdit, le conseil judiciaire ou le curateur du prodigue, le curateur de l'émancipé sont donnés directement à la personne, dont ils présupposent un manque de capacité et ils admettent que ce qui les concerne doit être réglé par la loi personnelle, bien qu'ils aient indirectement pour mission de s'occuper des biens ; mais qu'au contraire les institutions qui ont pour but direct la conservation des biens, non pas tant en considération de la personne à laquelle ils appartiennent, qu'en considération des intérêts des tiers et pour ne pas laisser les biens abandonnés, doivent être régies par la loi

[1] C'est dans la convention consulaire entre l'Italie et la Serbie du 28 octobre-9 novembre 1879, qu'on trouve les dispositions les plus complètes à ce sujet.

[2] Massé, *Droit commercial*, § 547.

[3] Rocco, *Diritto civile internazionale*, 3e part., Chap. XXVII.

locale. Tel est, d'après eux, le caractère du curateur au ventre donné à la veuve à la mort de son mari, lorsqu'elle prétend être enceinte ; [1] du curateur donné à la succession vacante ; du syndic de la faillite et de l'administration des biens de l'absent. D'après eux, ces institutions et toutes autres analogues ne dérivent pas d'une incapacité personnelle et absolue, mais d'une incapacité réelle et relative qui frappe directement les biens qui n'ont pas un maître certain.

Telle est aussi l'opinion de Voët qui, après avoir fait cette distinction, conclut ainsi : *Si tamen agatur de curatore bonis dando, existimarem eumdem quidem dari posse bonis immobilibus ibidem sitis, non tamen alibi, invito judice loci.* [2] La raison qu'il en donne, c'est que les dispositions réelles ne peuvent pas étendre leur effet en dehors du territoire : *Jussus enim vel præceptum judicis sese non extendit ultra limites ejusdem jurisdictionis.*

459. — Bien que nous reconnaissions qu'il existe une

[1] Le curateur au ventre est une institution juridique tout-à-fait spéciale dérivée du droit romain. Ce n'est pas ici le lieu d'exposer le caractère de cette institution,ni de dire si le curateur doit être considéré comme donné à la personne de l'enfant à naître ou aux biens. Dans l'édit du préteur,il était fait une distinction entre le *curator ad ventrem* et le *curator ad bona* et il semblait que le premier eût un caractère tout-à-fait personnel ; mais lès jurisconsultes qui ont commenté l'édit ont été d'avis que le *curator ad ventrem* devait être considéré comme un *curator ad bona* chargé de fournir à la femme enceinte les aliments, l'habitation et les fonds nécessaires à son entretien. On lit dans la loi 8 (27, 10) : *Bonorum ventris nomine curatorem dari oportet eumque, rem salvam fore, viri boni arbitratu satisdare proconsul jubet.* Il est certain que dans certains Codes modernes, se trouve conservée l'institution du curateur au ventre, afin d'assurer les droits de l'enfant à naître dans la succession à laquelle il est appelé.

C'est ce qui existe dans le Code autrichien, § 274. Cette institution existe également dans le Code civil italien et dans le Code civil français. Elle peut être considérée comme établie dans le but de confier une sorte de garde extérieure du fœtus vivant dans le sein de la mère, de façon à sauvegarder ses intérêts patrimoniaux et moraux. C'est pour cela qu'il est appelé, d'après le langage classique, *curateur au ventre*.

[2] Voët, *De statutis et eorum concursu*, sect. IX, c. II, n° 18.

différence entre ces deux sortes de tutelle et de curatelle, nous ne saurions néanmoins admettre la théorie de ces auteurs. Pour mieux faire comprendre notre opinion, nous allons en indiquer l'application d'après les dispositions du Code civil italien.

Notre législateur institue la tutelle, pour défendre la personne qui n'est pas soumise à la puissance paternelle et qui, soit à raison de l'âge (art. 241, 277), soit d'une maladie mentale habituelle (art. 324, 329), est incapable de pourvoir à ses intérêts et confie au tuteur l'administration de la personne, la représentation de cette même personne dans les actes civils et à la gestion des biens (art. 277). La curatelle, d'après le Code civil italien, est complètement distincte de la tutelle et elle est admise quand il y a nécessité de représenter et d'assister certaines personnes dans tous les actes de la vie civile, mais de les assister seulement dans les actes qui excèdent la simple administration. Dans certains cas, elle peut être confiée spécialement par le tribunal pour sauvegarder les intérêts de certaines personnes ; elle a pour objet propre les biens de ces personnes. C'est en ce qui concerne ces curatelles qui ont un objet spécial, que nous ne partageons pas l'opinion de Massé et de Rocco.

La curatelle peut être donnée par les tribunaux, quand il existe un conflit d'intérêts entre les enfants soumis à la même autorité paternelle et entre ces enfants et leur père (art. 224, 3e al.). Il peut spécialement être nommé un curateur pour administrer les biens de l'enfant, quand le père abuse de la puissance paternelle ou gère mal la fortune de l'enfant (art. 233) ; quand, à la mort du mari, la femme est enceinte (art. 236); nomination qui est faite par le tribunal sur la demande d'une personne intéressée ; [1] quand la mère perd le droit d'administration des biens du fils pour avoir contracté un nouveau mariage sans observer

[1] Aux termes de l'article 393 du Code civil français, cette nomination est faite par le conseil de famille. (Note du traducteur, Ch. A.).

les dispositions de la loi, auquel cas le juge de paix, soit sur l'instance du ministère public, soit d'office, doit convoquer le conseil de famille pour nommer un curateur aux biens;[1] quand finalement l'héritier est inconnu,ou que les héritiers testamentaires ou légitimes ont renoncé à la succession, ce qui permet de nommer un curateur à la succession vacante (art. 986). [2]

Bien que, dans les divers cas, la curatelle soit instituée au moyen de l'intervention de l'autorité judiciaire et ait spécialement pour objet les biens des enfants nés ou à naître ou de ceux qui n'ont pas fait reconnaître leur qualité d'héritiers, les principes généraux que nous avons appliqués aux autres sortes de tutelles et de curatelles ne peuvent pas recevoir une application différente. En effet, dans tous les cas, le fait que la curatelle est donnée par l'autorité judiciaire, plus spécialement eu égard aux biens, ne change pas la nature des choses. En effet, comme elle est toujours instituée pour sauvegarder les intérêts privés d'une personne, il faut admettre, que la compétence législative à cet égard doit appartenir à la loi, sous la protection de laquelle cette personne est placée au point de vue du droit civil, et non à la *lex rei sitæ*.

Quand, pare xemple, la curatelle est déférée lorsqu'à la mort de son mari la veuve affirme qu'elle est enceinte, le souverain du lieu où se trouvent situés les biens qui peuvent appartenir à l'enfant à naître ne peut avoir aucun intérêt à appliquer sa propre loi pour pourvoir à la nomination du curateur. En effet, soit qu'on considère la curatelle comme instituée pour l'avantage de l'enfant à naître, afin d'empêcher la simulation de la grossesse et la supposition de part, soit qu'on la considère comme instituée pour pourvoir aux besoins personnels de la femme, il appartient

[1] Aux termes de l'article 395 du Code civil français, la mère est alors déchue de la tutelle. (Note du traducteur, Ch. A.).

[2] Compar. art. 811 et suiv. C. civ. français. En France, le curateur est nommé par le tribunal civil. (Note du traducteur, Ch. A.).

toujours à la loi nationale de l'enfant à naître et de la veuve de protéger leurs intérêts. Par conséquent si, par exemple, il s'agissait d'une femme italienne, le curateur devrait être nommé conformément aux dispositions de l'article 236, et il devrait pouvoir exercer son autorité partout où existent les biens.

De même, on doit admettre que c'est d'après la loi nationale du défunt, que doivent être réglées l'administration et la conservation de la succession vacante, quand l'héritier n'est pas connu, ou que les héritiers testamentaires ont renoncé à cette succession. En effet, comme nous le démontrerons en son lieu, la succession doit être régie par la loi nationale de la personne du défunt, quelles que soient la nature et la situation des biens. Dès lors, si le défunt était un Italien, on devrait appliquer la loi italienne pour assurer l'administration et la conservation des biens de la succession, et le curateur, nommé d'après les dispositions des articles 980 et 983 de notre Code civil, devrait être reconnu partout et administrer et conserver les biens héréditaires en quelque pays qu'ils fussent situés. Pour les mêmes motifs, si un père étranger abusait de la puissance paternelle en administrant mal la fortune de son fils, les tribunaux italiens ne pourraient pas nommer un curateur conformément aux dispositions de l'article 233, mais devraient appliquer la loi nationale de l'étranger.

Nous dirons pour conclure, qu'aussi bien que les curatelles données aux personnes, la curatelle spéciale donnée aux biens doit être déférée d'après la loi nationale de la personne, dans l'intérêt de laquelle elle est instituée, et doit être reconnue partout où existent les biens qui composent le patrimoine de cette personne. Toutefois, nous n'entendons pas exclure la compétence des tribunaux locaux pour les mesures urgentes, telles que celles de la nomination d'un curateur aux biens d'un absent.

460. — Les principes applicables à la tutelle et à la cura-

telle doivent aussi s'appliquer au conseil judiciaire, qui d'après certaines lois peut être institué pour assister les individus déclarés, pour cause de prodigalité, incapables de faire certains actes juridiques déterminés par la loi.

A supposer dès lors que la loi personnelle n'admette aucune forme d'assistance en cas de prodigalité, on ne pourrait pas soutenir que le magistrat du pays où par aventure se trouve l'étranger, et où est en vigueur une loi qui permet de donner au prodigue un curateur ou un conseil judiciaire, puisse utilement être requis par les parents ou par le ministère public de nommer un curateur ou un conseil judiciaire au prodigue étranger, comme s'il s'agissait d'une mesure conservatoire ou de police, pour laquelle on doit en principe considérer comme compétent le magistrat du pays où demeure l'étranger.

Il suffit, en effet, de considérer, que l'institution du conseil judiciaire fait partie des mesures de protection établies dans l'intérêt des incapables qui influent sur l'état et la capacité de la personne, puisqu'elle le prive de la jouissance complète et du libre exercice des droits civils, et que la restriction de la liberté civile des personnes ne peut pas être considérée comme une mesure conservatoire, à raison de laquelle puisse se justifier la compétence des magistrats de la résidence ; et ainsi on arrive à comprendre que la dation d'un conseil judiciaire doit être régie par les mêmes règles que la tutelle et doit être gouvernée entièrement par la loi personnelle.

461. — C'est aussi d'après la loi personnelle de l'incapable, qu'on devra déterminer comment la tutelle ou la curatelle peuvent être déférées et s'il y a lieu à tutelle légale, ou testamentaire, et quand le tuteur peut être nommé par le conseil de famille, par le magistrat ou autrement.

Il y a lieu de noter ici que, comme la tutelle et toutes les autres mesures de protection établies par la loi pour protéger un incapable sont édictées dans l'intérêt de celui-ci, et dans le but de protéger ou de compléter d'une manière quel-

conque sa personnalité, tout doit dépendre de la loi personnelle de l'incapable et non de celle de la personne qui prétend exercer son autorité sur lui. En effet, les lois qui organisent la tutelle n'ont certainement pas pour but de régler l'état du tuteur, mais celui du pupille et de l'incapable. Par conséquent, en cas de conflit, en ce qui concerne la tutelle, entre les droits de celui qui y prétend et les droits de celui qui y est soumis, on devra donner la préférence à la loi régulatrice de l'état de l'incapable.

462. — Le conflit dont nous parlons peut avoir lieu dans l'hypothèse où la qualité de citoyen du mineur ou de l'incapable est différente de celle de la personne sous la puissance de laquelle il doit être placé.

Ce fait peut résulter de ce que cette personne a changé de qualité de citoyen en devenant citoyen d'un autre État, si on admet le principe, par nous soutenu [1] et consacré par certaines législations, que ce changement ne doit pas avoir pour conséquence de modifier la qualité originaire de citoyen du mineur.

Le conflit peut encore se produire dans le système où l'on donne la préférence à la loi du domicile, mais où on admet que le domicile du mineur n'est pas soumis aux changements de domicile de la personne sous la puissance de laquelle il se trouve placé.

Supposons, par exemple, qu'une femme d'origine française ait perdu cette qualité à la suite de son mariage avec un Autrichien, qu'à la mort de son mari elle recouvre la qualité de citoyen français, et que se pose la question de savoir si cette femme doit être considérée comme investie de plein droit, par l'effet de la mort de son mari, de la tutelle légale de son fils mineur ainsi que de tous les droits inhérents à la puissance paternelle. La loi française en cette matière est en opposition avec la loi autrichienne. En effet, cette dernière loi dispose, que lors de la dissolution du ma-

[1] Voir § 340 et suiv.

riage par suite de la mort du père, la tutelle du mineur n'appartient pas de plein droit à la mère, mais qu'au contraire si le père n'a pas nommé de tuteur ou en a nommé un incapable, la tutelle doit être déférée d'abord à l'aïeul paternel et, ensuite, à la mère (art. 198, C. civil). Au contraire la loi française dispose (art. 390 C. civ.) que la tutelle légale du mineur non émancipé appartient de plein droit à la mère.

463.—Nous ne saurions reconnaître, avec la Cour de cassation française, que la veuve puisse, dans ce cas, invoquer la loi française pour obtenir la tutelle légale et tous les droits qui en dérivent en droit français. Étant, en effet, admis que le mineur conserve sa qualité originaire de citoyen, c'est-à-dire celle qu'avait son père au moment de sa naissance, et que sa condition, indépendante des changements de celle de la mère, soit différente de la condition de celle-ci depuis son veuvage, et étant donné que les mesures de protection établies par la loi dans l'intérêt des incapables ont pour objet de les protéger, et que le droit de protéger les incapables appartient à la souveraineté de l'État dont ils sont citoyens, il en résulte que, dans notre espèce, on devrait fixer le régime de la tutelle conformément à la loi autrichienne. Par conséquent, la veuve ne pourrait pas prétendre à la tutelle légale de son enfant mineur, ni à l'usufruit qui y est attaché. La doctrine contraire conduit à confondre ce qui est un droit personnel à la tutelle avec l'intérêt de la personne qui prétend à la tutelle, et aboutit à faire méconnaître le droit de la personne, pour donner la préférence à l'intérêt.

Aux termes mêmes de la loi française, le mineur devrait être réputé Autrichien. Aussi, ne saurions-nous comprendre comment on pourrait justifier l'application de la loi française pour déterminer les mesures légales de protection établies dans l'intérêt d'un incapable autrichien. Néanmoins, la Cour de cassation française a admis la théorie contraire dans l'affaire Ghezzi contre Marincowich. [1]

[1] Cass. française, 13 janvier 1873 (*Journal du Palais*, 73, p. 18). —

La même Cour a décidé qu'une Française qui avait épousé un étranger et qui avait recouvré la qualité de citoyen français après la mort de son mari devait être considérée comme investie de plein droit de la tutelle légale de ses fils mineurs et de toutes les attributions actives et passives de la puissance paternelle d'après le Code civil français, bien que les enfants mineurs fussent demeurés étrangers comme leur père et que la loi étrangère, qui est leur loi personnelle, n'admît ni la tutelle légale de la mère,ni l'usufruit légal en faveur de celle-ci. Les arguments principaux invoqués par la Cour sont que, par respect du droit de souveraineté, on ne pouvait pas faire prévaloir en France une loi étrangère contraire à une loi française au préjudice des intérêts français, à la conservation desquels les tribunaux doivent surtout veiller. Nous avions déjà dit précédemment que cet arrêt est contraire aux vrais principes. [1] Laissant de côté le point de savoir si une Française devenue étrangère par le mariage, peut acquérir de plein droit la qualité de citoyen français lorsqu'au moment où elle est devenue veuve, elle résidait en France (point sur lequel il nous semble qu'on a mal à propos dérogé à la règle d'après laquelle la déclaration de la femme est toujours nécessaire pour recouvrer la qualité de citoyen qu'elle a perdu), nous trouvons la règle admise par la Cour de cassation insoutenable. La jurisprudence française admet, en principe, que la tutelle du mineur étranger devait *être réglée par sa loi personnelle* pour le motif que cette tutelle est instituée en sa faveur. [2] Or, les enfants étant restés étrangers, comment appliquer la loi française pour régler la tutelle légale?

Nous admettons, nous aussi, que l'application de la loi

Voir aussi tribunal de la Seine, 5 avril 1884, Homberg c. consul d'Autriche (*Journ. de dr. internat. privé*, 1884, p. 521).

[1] Voir la 2e édition italienne de cet ouvrage (Florence, Le Monnier, 1874), p. 571, et la 1re traduction française par Pradier-Fodéré, p. 660.

[2] Bastia, 8 décembre 1863 (Costa), Dalloz, 64, 2, I; — Paris, 21 mars 1862 (De Rohon Fenix), *Journal du Palais*, 62, 555.

étrangère doit être limitée, s'il en résulte une atteinte aux droits de l'autorité territoriale.[1] Il est vrai que certains auteurs français ont soutenu que cette restriction doit être admise quand l'application de la loi étrangère lèse des intérêts français,[2] mais nous ne croyons pas que cette opinion soit fondée.

464. — Un conflit véritablement grave peut être celui qui dérive du fait que le mineur ou l'incapable est à la fois citoyen de deux États.

Supposons, par exemple, qu'un Italien soit né dans une des républiques américaines, et qu'aux termes de la loi en vigueur dans ce pays il soit qualifié citoyen par le seul fait de la naissance. Comme, néanmoins, il serait toujours, aux termes du Code civil italien, considéré comme Italien, lorsqu'il s'agirait d'organiser sa tutelle en Italie, on devrait appliquer notre loi et constituer le conseil de famille d'après les dispositions du Code civil italien. Toutefois, ce mineur étant en même temps réputé citoyen américain, on ne pourrait pas empêcher les autorités américaines compétentes d'instituer la tutelle d'après la loi de leur pays à l'égard des biens qui y seraient situés, et de considérer comme sans effet les délibérations du conseil de famille italien et les mesures prises conformément à la loi italienne.

C'est là un des inconvénients déplorables qui dérivent du fait qu'une personne peut être à la fois citoyen de deux États différents ;[3] mais il sera impossible de l'éviter tant que les gouvernements ne se mettront pas d'accord pour fixer les règles relatives à la qualité de citoyen. Dans l'état de fait actuel, il arrivera donc qu'on instituera à la fois deux tutelles,

[1] Paris. 2 août 1866 (De Civry), *Pal.*, 66, 1245; Cass., 23 mai 1868 (De Civry), *Pal.*, 68, 939 ; — Paris, 23 février 1866 (Rottenstein), *Pal.*, 66, 1120 ; Angers, 4 juill. 1866 (Fitz-Gerale), *ibid.*; — Montpellier, 17 décembre 1869 (Barreda), *Pal.*, 70, 345.

[2] Vallette sur Proudhon, *Traité de l'état des personnes*, T. I, p. 85 ; — Demolombe, *Effets et application des lois*, T. I, 402.

[3] Voir *suprà*, nos 331 et 341.

l'une pour l'administration des biens situés en Italie conformément à la loi de notre pays dont le mineur est réputé citoyen, et une aux termes de la loi américaine ; et que les mesures prises par la tutelle instituée dans un des deux pays ne seront pas réputées efficaces dans l'autre. Il faudra, en un mot, admettre deux tutelles distinctes, comme en fait on admet plusieurs successions dans plusieurs États différents. [1]

465. — Dans certains cas, le tuteur peut être nommé par les tribunaux, mais on ne saurait admettre comme règle générale qu'il doive être reconnu partout, comme doit l'être le tuteur institué aux termes de la loi personnelle ou le tuteur testamentaire. Il faudra, au contraire, appliquer dans cette hypothèse spéciale les règles concernant l'autorité exterritoriale des sentences du magistrat étranger, pour décider si le tuteur judiciaire devra ou non être reconnu.

En Angleterre, d'après la règle formulée en 1861 à la Chambre des Lords dans la cause célèbre du marquis de Bude, le tuteur nommé par une Cour étrangère n'est pas considéré comme désigné *ex debito justitiæ*, comme tuteur du mineur étranger dans ce pays. On admet, au contraire, que ce sont les Cours anglaises qui doivent nommer le tuteur et qu'elles doivent seulement prendre en considération la nomination déjà faite par le magistrat étranger pour désigner la même personne, quand tel est l'intérêt du mineur.

Aux termes d'autres lois, la tutelle déférée par le magistrat n'est pas générale, mais doit s'exercer dans les limites fixées par le magistrat lui-même. Ainsi, par exemple, d'après

[1] La Cour d'appel de Santiago n'a pas voulu reconnaître la tutelle instituée en faveur d'un mineur français, qui par le seul fait de sa naissance sur le territoire du Chili était réputé citoyen de cet Etat aux termes de la loi chilienne, et a déclaré de nul effet les délibérations du conseil de famille composé d'après la loi française à l'égard des biens situés au Chili. Voir le jugement du tribunal de Valparaiso du 21 mai 1865 confirmé par la Cour de Santiago (*Journ. du Dr. internat. privé*, 1875, p. 380).

Les démarches diplomatiques pour faire admettre les décisions contraires des tribunaux français n'aboutirent à aucun résultat satisfaisant.

la loi musulmane, le tuteur judiciaire peut faire seulement les actes expressément autorisés par le magistrat par lequel il a été nommé. [1]

466. — Ce n'est pas ici le lieu de traiter à fond la question, parce qu'elle rentre dans celle plus générale de l'efficacité à l'étranger des actes de juridiction gracieuse des tri bunaux, dont nous nous occuperons dans la partie de cet ouvrage consacrée au droit judiciaire.

Notons seulement, qu'en général le tuteur judiciaire doit être considéré comme institué par le magistrat, à qui la loi a donné le pouvoir de le nommer, et qu'il doit dépendre aussi de la loi personnelle. Par conséquent cette nomination ne pourrait être faite par le juge du lieu où sont situés les biens de l'incapable, parce qu'étant une mesure en faveur de la personne, elle doit être régie par la loi personnelle de celle-ci, même en tant qu'elle attribue la compétence à un magistrat spécial.

La seule question qui peut être soulevée, c'est celle de dire si l'ordonnance du magistrat de la patrie du mineur, par laquelle la tutelle a été conférée à un individu, doit être confirmée par le magistrat du lieu où existent les biens de ce mineur.

Nous dirons qu'un tuteur judiciaire nommé d'après la loi personnelle doit être considéré partout comme un mandataire général muni d'une procuration générale *ratione officii*, que dès lors il peut être tenu de faire constater qu'il a un mandat valable, en vertu duquel il a acquis le pouvoir d'agir partout, mais que l'on ne saurait également exiger qu'il fasse confirmer son titre et son autorité par les magistrats du lieu où il doit agir, comme s'il devait leur demander son pouvoir.

La règle que nous avons posée peut s'appliquer à tout administrateur nommé d'après la loi personnelle de l'incapa-

[1] Voir l'arrêt de la Cour d'appel du Caire, 22 janvier 1877. *Journ. du Dr. internat. privé*, 1878, p. 188. Compar. Trib. civ. de la Seine, 26 décembre 1882. Drake del Castello, *id.*, 1883, T. X, p. 51.

ble par une autorité publique, à laquelle est attribuée cette faculté spéciale. Ainsi, par exemple, aux termes de la loi en vigueur en Espagne, un consul de cet État peut, par ordonnance, pourvoir à la curatelle d'un Espagnol prodigue qui réside à l'étranger et lui donner un conseil (*curator exemplaris*). Or, il faut admettre qu'un tel curateur doit être reconnu en cette qualité et exercer les pouvoirs qui lui sont attribués par la loi espagnole, sans que l'ordonnance du consul soit soumise à l'*exequatur* comme un jugement d'un tribunal étranger. Comme, en effet, elle n'a d'autre résultat que de déterminer la situation légale du prodigue et de modifier sa capacité, elle doit, non seulement dépendre de la loi personnelle, mais encore être partout efficace, de la même façon que doivent l'être la loi personnelle elle-même et les mesures prescrites par celle-ci à l'égard des incapables.

467. — En ce qui concerne la personne qui peut être investie de la qualité de tuteur, de protuteur et de curateur, nous noterons qu'il faut se référer à la loi personnelle du mineur, pour décider quelles personnes doivent être exclues de ces fonctions ou en être destituées. C'est, qu'en effet, l'exclusion et la destitution ont pour objet la protection des intérêts des incapables.

A l'égard de la capacité des personnes qui peuvent accepter ces fonctions, il faudra se référer à leur loi personnelle.

On devra également appliquer la loi personnelle de l'incapable, pour décider si un étranger peut ou non être tuteur ou curateur. En France, on a admis qu'un étranger ne peut pas être tuteur d'un mineur français, parce que la tutelle étant un *munus publicum*, une institution de droit civil, ne peut concerner que les citoyens. [1]

[1] Aubry et Rau, 4e édit., T. I, p. 285 ; Demolombe, I, p. 266 et 267 ; Vallette, *Cours de dr. civil*, p. 69, n° 1 ; — Bastia, 5 juin 1838 (Sirey, 38, II, 439) ; Paris, 21 mars 1861 (Sir., 61, II, 209).

On a dérogé à cette règle dans le seul cas des parents étrangers du

En Italie, au contraire, la même règle n'est pas applicable, parce que l'étranger n'est pas compris parmi les personnes exclues des fonctions tutélaires et qu'il n'existe aucune raison pour l'exclure.[1] Dans tous les cas, on doit, en principe, n'admettre l'exclusion de l'étranger de la tutelle du mineur, que lorsqu'elle est expressément édictée par la loi personnelle de ce dernier.

468. — A l'égard des attributions du tuteur ou du curateur et de l'exercice des pouvoirs qui lui appartiennent, il est nécessaire de distinguer ceux qui concernent la gestion de son patrimoine.

Relativement aux premiers, il faut, en principe, se reporter à la loi personnelle de l'incapable pour déterminer quel est le pouvoir du tuteur pour tout ce qui concerne le gouvernement de la personne, et s'il doit être exclusif ou soumis au contrôle d'une autre autorité, telle que celle du conseil de famille, du conseil de tutelle ou des tribunaux.

Il faut aussi admettre que la loi personnelle ne pourrait pas être appliquée, lorsqu'elle serait en opposition avec une loi territoriale de police ou d'ordre public. C'est ce qu'on doit dire, par exemple, des mesures relatives au droit de correction accordé par la loi au tuteur : elles doivent être régies par la loi du pays du domicile ou de la résidence de l'incapable. Notons, en outre, que lorsque la loi étrangère, d'après laquelle est instituée la tutelle, n'a pas déterminé certains pouvoirs exceptionnels du tuteur, il faut s'en référer

mineur. *Cass. fr.*, 16 février 1875 (*Journ. du dr. internat. privé*, 1875, p. 441). Le tribunal civil de Varsovie a aussi admis que l'ascendant étranger qui n'est ni domicilié ni résidant en France est de plein droit tuteur des mineurs français qui n'ont pas d'aïeul dans l'autre ligne, 1er mai 1879 (*Journ. du dr. internat. privé*, 1879, p. 395).

[1] Si l'étranger ne pouvait pas être nommé tuteur à Rome, c'est parce qu'il n'avait pas la *testamenti factio*.*Testamentali tutores hi dari possunt, cum quibus testamenti factio est* (L. 21, Dig., *De testament. tutela*, I, 15). Mais aujourd'hui ces raisons n'existent plus, parce que les étrangers sont admis à jouir des droits civils et peuvent, par conséquent, être tuteurs, quand cela est conforme à l'intérêt de l'incapable.

aux principes généraux du droit pour décider si le tuteur doit avoir ou non un droit donné sur la personne du mineur. C'est ainsi notamment qu'on doit résoudre la question de savoir si le tuteur étranger, qui a la faculté de diriger l'éducation morale et civile du pupille, peut avoir la faculté de le faire changer de religion et si l'opposition de la part des intéressés devrait ou non être accueillie par les tribunaux italiens. A supposer que la loi de la patrie du mineur n'ait pas donné un pouvoir absolu au tuteur, même pour les questions relatives à l'éducation morale et religieuse du pupille, cette faculté, ne pouvant pas être considérée comme comprise dans les pouvoirs attribués au tuteur d'après les principes généraux du droit, l'opposition devrait être accueillie par le motif que le tuteur doit être en principe soumis au contrôle de la famille pour ce qui concerne l'éducation morale et religieuse du pupille. [1]

469. — A l'égard des pouvoirs du tuteur, du curateur ou de tout autre administrateur, en ce qui concerne la gestion du patrimoine, plusieurs auteurs admettent qu'elle doit être réglée par la *lex rei sitæ.* [2] Cette théorie était la conséquence de la conception féodale de la propriété : elle a été surtout largement appliquée aux actes des administrateurs des incapables sur les immeubles, par suite de l'idée fausse, qu'il y aurait un intérêt social en cause dans tout acte les concernant. Il en est surtout ainsi dans les pays où se trouvent en vigueur le droit anglo-américain et la *Common Law.*

« Il est incontestable, dit Story, que la *Common Law* ne « reconnaît pas les droits des tuteurs étrangers sur les biens « immobiliers situés dans un autre État. Ces droits sont

[1] Compar. Cour de Bruxelles, 15 janvier 1876, Dewit c. Luchtens (*Pasicrisie belge*, 1876, II, 119).

[2] Burgundius, *Tract.*, I, n. 12, p. 23 ; — Voët, *De stat.*, § 9, c. 2, n. 17, 19 ; — De Boullenois, *Observation*, 29, p. 320 ; — Molinei, *Opera*, T. III, *Ad Cod.*, T. I, tit. I ; — Hertius, *De collisione legum*, IV, n. 8 ; — Burge, *On colonial and foreign Law*, 2ᵉ part., Chap. XXIII.

« considérés comme territoriaux et ne peuvent avoir aucune « influence sur les biens situés dans d'autres pays, dont la « législation admet des règles diverses. Personne ne vou- « dra supposer qu'un tuteur, institué d'après les lois d'un « pays, ait le droit de toucher les revenus ou de prendre pos- « session des biens de son pupille situés dans un autre État « sans être dûment autorisé par le tribunal local. C'est un « principe bien connu que les droits sur la propriété réelle « ne peuvent être acquis, modifiés ou cédés qu'en confor- « mité de la *lex rei sitæ*. »[1]

Nous ajouterons qu'en Angleterre, d'après Westlake, on n'accorde pas même aux tuteurs ou aux curateurs étrangers la faculté de faire des paiements ou des actes relatifs aux meubles sans l'autorisation du magistrat anglais, qui se réserve le pouvoir discrétionnel d'autoriser ou non le recouvrement des valeurs mobilières existant en Grande-Bretagne et surtout de celles qui tombent sous la juridiction de la Cour qui a une compétence spéciale en matière de dépôts fiduciaires et de biens confiés aux *Trustee*.[2]

470. — Pour nous, comme nous l'avons déjà dit dans la première édition de cet ouvrage,[3] nous ne saurions admettre la théorie qui repose sur la conception de la réalité féodale de la propriété. Ayant considéré la tutelle et toutes les dispositions qui s'y rapportent comme ayant pour but la défense des intérêts personnels et patrimoniaux des incapables, nous avons par suite admis que tout doit dépendre de la loi personnelle de l'incapable, parce qu'il appartient à cette loi de sauvegarder les droits des citoyens sur leurs biens, quelle qu'en soit la situation. Nous disons dès lors que l'on devra décider d'après cette loi de quelle manière le

[1] Story, *Conflict of Laws*, § 504, 505.

[2] Westlake, *Treatise on private international Law*, et son article dans le *Journal du droit international privé*, 1881, p. 313.

[3] Edition de 1869 § 180 et traduction française de la 2e édition par Pradier-Fodéré, 1875.

tuteur ou l'administrateur doivent administrer le patrimoine de l'incapable, comment ils doivent exercer leur mission et quels actes on doit considérer comme nécessaires ou utiles pour la conservation, l'amélioration ou l'accroissement du patrimoine de ce même incapable.

Il faudra tenir compte de la loi personnelle de l'incapable, pour décider si l'administrateur doit vendre les établissements de commerce et les biens meubles, s'il peut acquérir ou aliéner des immeubles, faire des baux pour plus de neuf années, accepter des successions, des donations, des legs ou y renoncer : faire des partages, les poursuivre judiciairement: et s'il peut accomplir tous ces actes seul et sous sa simple responsabilité, et s'il doit donner caution. Nous n'avons jamais pu voir en tout cela des rapports, par leur nature propre, d'intérêt territorial ; nous avons, au contraire, considéré l'intérêt personnel comme prépondérant, et, partant de là, nous avons admis que la loi, qui organise la tutelle ou la curatelle dans l'intérêt d'un incapable, doit le suivre partout, même en ce qui concerne l'administration des biens. Nous voyons avec satisfaction, que notre théorie a été admise par Laurent et par Brocher, qui lui ont donné l'appui solide de leur autorité. [1]

471. — Dans notre ordre d'idées, on doit admettre que lorsque, par exemple, un tuteur donné à un mineur étranger doit administrer le patrimoine de cet incapable, que nous supposons en partie composé de biens situés en Italie, on ne peut exiger de sa part qu'il provoque la nomination d'un protecteur aux termes des dispositions de l'article 265 du Code civil italien, qui ne permet pas l'exercice de la tutelle quand il n'y a pas de protuteur. [2]

[1] Laurent, *Droit civil international*, T. VI, § 50, p. 99 ; — Brocher, *Droit internat. privé*, T. I, p. 534. Voir aussi Asser, *Droit internat. privé*, § 59.

[2] Comp. 421 C. civ. français. Le protuteur du Code civil italien est le subrogé du tuteur du Code civil français, qui qualifie de protuteur le tu-

Il pourrait sembler à première vue que, puisque notre législateur exige d'une façon absolue la nomination d'un protuteur, afin qu'il représente le mineur dans les cas où les intérêts de celui-ci sont en opposition avec celui du tuteur, ses dispositions sur ce point étant d'ordre public, devraient avoir une autorité territoriale même à l'égard du tuteur d'un étranger qui veut administrer les biens de son pupille situés en Italie. Il est, toutefois, à considérer que ces dispositions ont pour objet direct la protection des intérêts personnels du mineur, et que, dès lors, elles doivent être appliquées aux tutelles régies par la loi italienne et non à celles régies par les lois étrangères. On ne saurait certainement pas soutenir que la loi italienne ait pour but, par l'institution du protuteur, de protéger l'intérêt territorial.

La loi du pays où a lieu la gestion de la tutelle devra être appliquée seulement en ce qui concerne la procédure et les formalités requises à l'égard des actes accomplis par un administrateur étranger, parce qu'ils tombent sous l'application de la règle *locus regit actum*.

Toutefois, nous n'entendons pas parler des formalités intrinsèques, ni des formalités substantielles qui peuvent être requises pour la validité d'un acte accompli par un administrateur étranger, et que nous pensons devoir être régies par la loi personnelle du mineur.

C'est ce qu'on doit dire notamment de l'homologation du tribunal exigée d'après certaines lois pour la validité des actes d'aliénation, de gage et d'hypothèque relatifs aux biens du mineur. On ne peut pas, en effet, soutenir que la loi qui impose l'homologation du tribunal ou toute autre formalité analogue pour la validité de l'aliénation des biens d'un incapable, soit une loi réelle immobilière et fasse, comme telle, partie du statut réel. On ne saurait non plus soutenir qu'elle concerne les formes extrinsèques qui tombent sous

teur spécial chargé d'administrer les biens que le pupille possède dans les colonies (art. 417, C. civ. français). (Note du traducteur, Ch. A).

l'empire de la règle *locus regit actum*. Elle doit être, au contraire, comprise parmi les mesures de protection établies dans l'intérêt des incapables et, comme telle, être régie par le statut personnel de ces personnes.

472. — Les mêmes principes devront être appliqués à tous les actes de gestion, y compris ceux requis pour la conservation d'un immeuble appartenant à un mineur étranger.

Supposons, par exemple, que, durant la tutelle d'un mineur espagnol, il soit nécessaire de contracter un prêt et de constituer une hypothèque sur un immeuble de ce mineur, pour pourvoir ainsi à des réparations extraordinaires indispensables.

Il pourrait sembler à première vue, que le législateur italien, ayant disposé que les immeubles sont soumis à la loi du lieu où ils sont situés, notre loi devrait être appliquée pour savoir comment le prêt devrait être contracté et par qui il devrait être autorisé. On pourrait, par conséquent, soutenir que l'autorisation du conseil de famille serait indispensable aux termes de l'article 296 de notre Code civil.

Mais il faut considérer, que la question est au nombre de celles qui concernent l'exercice de la tutelle et que, celle-ci devant être régie par la loi personnelle du mineur, c'est à cette loi qu'il faudra se référer. Le droit espagnol n'admet pas l'organisation du conseil de famille tel qu'il est organisé par la loi italienne, mais considère le tribunal comme le protecteur suprême des mineurs, de la même façon que ce rôle est attribué en Angleterre à la Cour de la Chancellerie. Il sera dès lors indispensable pour le tuteur ou le curateur, suivant les cas, d'obtenir l'autorisation préalable du tribunal.

Il faut noter que, dans cette hypothèse, le tuteur espagnol ne pourrait pas s'adresser à un tribunal italien pour lui demander l'autorisation. On ne saurait pas dire, en effet, que devant, aux termes de la loi personnelle du mineur, obtenir l'autorisation de justice, il pourrait la demander au tribu-

nal de la situation de l'immeuble ; car, dans notre espèce, la juridiction du tribunal ne pourrait pas être déterminée par la situation de la chose, puisque le tribunal donne l'autorisation en qualité d'autorité *tutorielle* suprême instituée dans l'intérêt du mineur. Il devrait, dès lors, s'adresser au tribunal espagnol, de même que s'il s'agissait d'un mineur anglais, on devrait exiger l'autorisation de la Cour de la Chancellerie anglaise. Il est clair, en effet, que l'autorisation du tribunal en cette matière équivaut à celle qui est requise d'après la loi italienne et qui doit émaner du conseil de famille, lorsqu'il s'agit d'un mineur italien, et que, par conséquent, la compétence du tribunal de la patrie ne peut être remplacée par celle du tribunal du lieu de la situation de l'immeuble, sauf dans le cas où ce tribunal serait requis au moyen d'une commission rogatoire émanée du tribunal de la patrie, pour examiner les circonstances de fait et autoriser le prêt et l'hypothèque.

Il reste entendu, que les principes que nous venons d'exposer ne seraient pas applicables dans l'hypothèse où les réparations extraordinaires seraient d'une urgence telle qu'elles ne comporteraient aucun délai. En effet, le tribunal local serait alors compétent pour autoriser, suivant les circonstances, les mesures urgentes ; mais cette hypothèse rentrerait dans l'application de la règle générale, qui légitime toujours la compétence dans les cas d'urgence, par la juste considération que les mesures ainsi ordonnées doivent être considérées comme des mesures de police et d'ordre public.

473. — La règle générale, que la loi territoriale doit régir les formes extrinsèques des actes des administrateurs étrangers, doit être entendue en ce sens qu'elle doit régler la procédure, telle que serait notamment celle nécessaire pour l'exécution de la vente des biens du mineur, quand elle a été autorisée, c'est-à-dire la publicité des formalités des enchères et de la surenchère.

§ 3.

De l'interdiction.

474. Caractères de l'interdiction judiciaire. — 475. Controverse relative au tribunal compétent pour la prononcer. — 476. Loi qui doit régir l'interdiction. — 477. Controverse relative aux personnes qui peuvent la provoquer. — 478. Loi qui doit régler les effets de l'interdiction.

474. — L'interdiction peut être la conséquence d'une sentence pénale : nous en parlerons au chapitre suivant. Ici nous nous occuperons de celle qui est prononcée par le juge civil.

L'interdiction judiciaire doit, en principe, être prononcée par le tribunal compétent dans l'intérêt d'une personne qui, à raison d'une maladie mentale habituelle, est incapable de s'occuper de sa personne, d'administrer ses biens et de gérer ses intérêts. Chaque législation détermine quelles personnes peuvent être interdites et quelles personnes peuvent provoquer l'interdiction. Les lois des différents pays présentent certaines divergences à ce sujet. Nous nous contenterons de noter que, d'après la loi italienne, le sourd et muet et l'aveugle de naissance sont réputés de plein droit incapables, mais qu'ils peuvent être déclarés par le tribunal habiles à gérer leur fortune (art. 340 C. civ. italien), tandis que d'après d'autres lois le sourd et muet peut seulement être interdit. A l'égard des personnes qui peuvent provoquer l'interdiction, la loi italienne donne ce droit, non seulement à tout parent et au conjoint, mais encore au ministère public.

475. — Quand il y a lieu de prononcer l'interdiction d'un étranger, on peut se demander si le tribunal du pays qu'il

habite est compétent. Cette controverse spéciale rentre dans la question plus générale de savoir si les tribunaux sont ou non compétents pour juger les difficultés relatives à l'état personnel d'un étranger, question qui a divisé les auteurs et la jurisprudence. [1] Nous ne saurions étudier à fond cette question qui appartient en réalité au droit judiciaire. Nous dirons toutefois, que les deux opinions extrêmes ne nous semblent pas admissibles. En principe, on peut admettre, qu'étant données les conséquences graves qui résultent des modifications de l'état personnel, la difficulté de bien appliquer la loi étrangère dans de telles questions naturellement très compliquées et l'influence que la compétence législative doit exercer sur la compétence judiciaire, tout en un mot engage à considérer comme *forum* ordinaire le tribunal de la patrie de chacun. Il peut néanmoins exister des circonstances très graves, qui permettent de saisir le tribunal du pays où la personne se trouve, en attribuant à ce tribunal une compétence spéciale comme *forum* d'exception : et il nous semble que tel est le cas de l'interdiction judiciaire motivée par l'altération des facultés mentales d'une personne.

[1] Comp. parmi les auteurs qui nient absolument la compétence, Pisanelli, *Della competenza*, n. 496 ; Féraud-Giraud, *De la compétence des tribunaux français*, dans le *Journ. du Dr. international privé*, 1880, p. 148 ; Fœlix, *Dr. internat. privé*, § 158 ; Dalloz, *Rép.*, *Droit civil*, n° 316 et *C. civ.. annoté*, art. 14, n°s 236 à 273 ; Aubry et Rau, T. VIII, § 748 *bis* ; Merlin, *Questions d'état*, *Répert.*, p. 472 ; Cour de cassation de Turin, 13 juin 1874, Dulché c. Pirola.

Voici en sens contraire : Saredo, *Del procedimento in Camera di Consiglio*, 470 ; Ricci, *Commentario al codice di procedura*, I, 229 ; Mattirolo, *Elementi di diritto giudiziario*, I, p. 561 ; Fusinato, *Questioni di diritto internazionale privato*, T. II ; Laurent, *Dr. civ. internat.*, T. IV ; Gentet, *Etude sur les questions d'état* ; Gereaut, *De la compétence*, n° 392 ; Bonfils, *De la compétence*, p. 198 ; Filomusi-Guelfi, *Note sur la sentence de la Cour de Lucques, du* 28 *juin* 1867, dans le *Foro italiano*, 1877, p. 1190 ; Asser, *Dr. internat. privé* (traduit par Rivier), § 70 ; Cour de Lucques, 11 décembre 1873 (*Annali della giurisprudenza*) ; Milan 18 février 1876, (*Monitore dei tribunali*) ; Casale, 13 janvier 1884 (*Monitore dei tribunali di Milano*, 1884, 679) ; Ancone, 22 mars 1884, *Giurisprudenza italiana* et *Legge*.

L'exclusion absolue, en de telles circonstances, de la juridiction du tribunal du pays où l'étranger demeure équivaudrait à une grave atteinte aux intérêts de cet étranger. Il suffit de considérer la nature de l'institution juridique de l'interdiction et la nécessité d'agir sans délai pour comprendre que l'interdiction judiciaire doit être prononcée au lieu où l'aliéné se trouve. On peut seulement soutenir avec raison, que le domicile doit être requis pour attribuer la compétence spéciale en matière d'interdiction, ou que tout au moins on doit exiger une résidence prolongée pendant un nombre considérable d'années, résidence qui, ou bien constituerait un véritable domicile, ou acquerrait la même efficacité au point de vue de la compétence. Mais la simple demeure ne doit jamais suffire, non seulement en raison de la nature des choses et de l'intérêt de l'aliéné, mais en raison de la difficulté où se trouverait le tribunal autre que celui du domicile ou de la résidence de juger en connaissance de cause, de recueillir les preuves et d'apprécier toutes les circonstances. La théorie admise dans un arrêt de la Cour de Lucques, [1] qui a considéré la simple résidence et même la simple demeure comme suffisantes pour prononcer l'interdiction d'un étranger, ne nous paraît dès lors pas admissible. Le tribunal du pays où l'étranger demeure peut incontestablement être considéré comme compétent pour ordonner toutes les mesures conservatoires, mais non pour prononcer l'interdiction judiciaire. [2]

476. — Si on considère la question de compétence comme résolue, il est clair que le tribunal devant lequel on introduit utilement la demande d'interdiction d'un étranger devra statuer d'après la loi personnelle de ce même étranger, tant

[1] Lucques, 1er septembre 1875, Stocker-Kirkoup c. le ministère public (*Monitore dei tibunali*, 1876, p. 356).

[2] Compar. Caen, 29 janvier 1873, May c. Sheppords (Dalloz, 78,2,224). Voir en sens contraire : Cour de cassation de Turin, 13 juin 1874, Dulché c. Pirola.

pour ce qui est des causes d'interdiction, que pour ce qui est des personnes qui peuvent provoquer l'interdiction. Toutefois, à l'égard de ce dernier point, nous faisons la réserve, que lorsque, d'après la loi de la patrie de l'étranger, il ne serait pas permis au ministère public ni à aucun autre officier public de provoquer l'interdiction, et que lorsque cette faculté serait réservée aux parents seulement, cela ne suffirait pas pour faire rejeter l'instance introduite par le ministère public dans un pays, dont la loi lui attribuerait cette faculté. Nous sommes d'avis que la loi d'un État, qui requiert dans certains actes juridiques l'intervention du ministère public, ou qui lui attribue la faculté d'introduire une instance judiciaire, étant édictée dans un intérêt social, doit être réputée une loi de police et d'ordre public et avoir comme telle une autorité territoriale.

477. — On peut se demander si, lorsque l'instance en interdiction est introduite devant un tribunal étranger, les tiers qui ne seraient pas les parents du défendeur, mais qui pourraient avoir un intérêt à faire rejeter la demande,pourraient intervenir dans l'instance, et si leur demande d'intervention devrait être appréciée d'après la loi personnelle du défendeur ou d'après la *lex fori*.

A première vue, on peut dire que, puisque l'instance en interdiction a pour objet l'état et la capacité de la personne et que c'est d'après la loi du pays de cette personne qu'on doit déterminer les individus qui peuvent être défendeurs et demandeurs dans l'instance, et que d'autre part l'intervention pour faire rejeter la demande impliquerait, dans une instance concernant la capacité, l'exercice d'un droit qui appartient à la personne du défendeur, tout devrait dépendre de la loi personnelle de ce dernier.

Toutefois, la question d'interdiction, outre les rapports qu'elle a avec la capacité et la condition juridique de la personne, en a d'autres avec le patrimoine de celle-ci et avec les actes faits au sujet de ce patrimoine, lesquels rapports

peuvent être connexes avec les intérêts des tiers. Certaines lois non seulement déclarent nuls de plein droit les actes faits par l'interdit depuis le jugement d'interdiction, mais déclarent aussi annulables, sous certaines conditions déterminées, les actes antérieurs à l'interdiction. [1] Il ne nous appartient pas de dire ici si l'intervention des tiers peut ou non se justifier. Négligeant cette question qui concerne le droit interne, [2] nous sommes d'avis que la question de l'intervention dans l'instance d'interdiction devrait être décidée par le juge d'après la loi territoriale et non d'après la loi personnelle du défendeur. Cette dernière loi doit être appliquée pour déterminer les personnes qui peuvent provoquer l'instance, mais non pas pour fixer le droit d'intervention des tiers ; car le principe d'après lequel on devrait ou non admettre l'intervention, étant connexe au droit social, devrait être régi par la *lex fori*.

478. — Les effets de l'interdiction, pour tout ce qui concerne les conséquences qui en dérivent relativement à l'incapacité de l'interdit, des personnes auxquelles la loi attribue sa tutelle et des actes que ces personnes peuvent accomplir à l'égard de la personne de l'interdit et de son patrimoine, doivent être déterminés d'après les principes que nous avons déjà exposés, en ce qui concerne la tutelle des mineurs.

[1] Compar. C. civ. italien, art. 355 et 356.
[2] Laurent, *Dr. civil*, t. V, nº 278 et Cour de Bruxelles, 31 janv. 1881, (*Pasicrisie belge*, 1882, 2, 69).

CHAPITRE VIII

DE L'INFLUENCE DE LA SENTENCE PÉNALE ÉTRANGÈRE SUR L'ÉTAT ET LA CAPACITÉ JURIDIQUES.

479. — Les condamnations pénales peuvent, en principe, exercer une influence sur la condition juridique et sur la capacité des personnes. Ainsi, l'état de filiation naturelle peut résulter indirectement d'une sentence pénale ;[1] l'état de conjoint peut aussi en dériver, quand la preuve de la célébration légale du mariage est fondée sur le résultat d'un procès pénal.[2] De même, une condamnation pénale peut entraîner à l'encontre de celui qui en est l'objet l'incapacité

[1] Compar. C. civ. italien, art. 189, 193.

[2] C. civ. italien, art. 122. Cet article est identique à l'art. 198 du Code civil français.

d'exercer certains droits et la perte de la jouissance d'autres droits.

Les effets d'une sentence pénale prononcée sur le territoire d'un Etat, relativement aux conséquences légales qui en résultent à l'égard de la condition juridique du citoyen qui est condamné, doivent être régis entièrement par la loi interne et il ne nous appartient pas de nous en occuper dans cet ouvrage. Nous devons, au contraire, rechercher si les effets d'une sentence pénale, d'après la loi du pays où elle a été rendue, doivent être admis à l'étranger.

480. — Tous les auteurs sont d'accord pour soutenir, qu'il est contraire à l'indépendance des souverainetés d'autoriser sur le territoire d'un État l'exécution des sentences pénales prononcées par les tribunaux étrangers contre la personne ou les biens d'un individu. [1] Or, quelques-uns ont cru pouvoir déduire de ce principe que, puisque les conséquences légales d'une sentence pénale relative à l'état et à la capacité sont elles-mêmes une peine (parce qu'en fait elles résultent virtuellement de plein droit des peines auxquelles la loi attache de telles conséquences) il est toujours indispensable de reconnaître une force opérante ou d'exécution à la sentence étrangère toutes les fois qu'on veut lui attribuer l'effet de modifier la condition personnelle et la capacité du condamné. Ainsi, suivant eux, il ne peut jamais y avoir lieu d'admettre qu'une condamnation pénale puisse exercer à l'étranger une influence quelconque sur les rapports civils, parce qu'elle ne peut avoir aucune valeur en dehors du territoire où elle a été prononcée.

481. — Cette théorie, admise par la Cour de cassation de Rome, est confirmée par son arrêt du 13 juillet

[1] Richier, *De la mort civile*, liv. I, sect. 4 ; Martens, *Droit des gens*, § 104 ; Carnot, *Sur l'article 7*, nos 7, 8 ; Mangin, *De l'action publique*, n° 70 ; Story, *Conflict of Laws*, nos 621-628 ; Fiore, *Nouveau droit intern. public* traduit par Pradier-Fodéré, T. I, p. 316, 321 et suiv.

1885 : « Si l'intérêt commun à la répression des délits, di- « sait la Cour, a fait prévaloir dans la science et admettre « dans les législations, non pas cependant d'une façon ab- « solue, mais sous certaines déterminations spéciales, le « principe de l'exterritorialité des lois pénales, pour attri- « buer aux tribunaux de l'État une juridiction même à l'é- « gard des délits commis sur le territoire d'un autre État, la « conception de solidarité des nations ne saurait être pous- « sée jusqu'à reconnaître une efficacité aux jugements pro- « noncés à l'étranger en matière pénale, de façon à pouvoir « produire de plein droit leurs effets dans l'État, soit quant « à la peine afflictive ou principale, soit encore quant à tou- « tes les autres conséquences accessoires des condamna- « tions. Ces jugements, ne pouvant avoir d'autre autorité que « celle de la souveraineté au nom de laquelle ils ont été ren- « dus, expirent avec elle aux limites de son territoire. »

« Profonde est la différence avec les matières civiles : « dans lesquelles le jugement de *délibation (exequatur)* « concilie le respect dû à la souveraineté territoriale avec « les besoins des intérêts privés entre les citoyens des di- « verses nations. Dans les matières pénales, au contraire, « qui concernent l'intérêt public, il n'y a rien de semblable « et l'on demeure avec la nécessité du principe, que les sen- « tences prononcées à l'étranger ne peuvent pas recevoir « d'exécution ni produire d'effets dans le royaume. »[1]

De ces principes, la Cour conclut que les interdictions et les incapacités résultant d'une condamnation pénale sont locales comme l'autorité de la sentence qui les a produites.

482. — Nous avions déjà manifesté une opinion contraire,[2] et nous ne pouvons admettre en principe une théorie aussi absolue que celle formulée par la Cour.

[1] Voir le texte de cet arrêt dans le *Foro italiano*, 1883, 1re partie, p. 1217 et notre note.

[2] Voir nos ouvrages : *Effetti internazionali delle sentenze penali* (Loescher), 1877, § 88 et suiv ; *Droit pénal international*, traduit par Ch. An-

Nous sommes d'avis en principe, que les sentences pénales ne peuvent pas avoir d'autorité exterritoriale,et que l'on ne saurait leur attribuer la force de la chose jugée comme à une sentence civile. Toutefois, nous pensons que l'on ne saurait se dispenser de considérer à un certain point de vue la sentence pénale étrangère comme un fait juridique et de lui attribuer l'autorité attachée à un tel fait pour ce qui concerne certains effets légaux, qui en peuvent dériver. On ne saurait certes pas dire, qu'il ne soit pas contraire à l'indépendance des souverainetés et au but principal de la peine, [1] de faire exécuter sur leur territoire une sentence prononcée par un tribunal étranger ; mais il ne nous semble pas également contraire aux intérêts de la souveraineté de reconnaître, sous certaines conditions, la condamnation pénale étrangère comme un fait juridique, dont dérivent des conséquences juridiques.

La condamnation criminelle exerce, en effet, avant tout une influence sur la condition juridique du condamné,parce qu'elle donne naissance à son égard à un empêchement de fait, pendant qu'il subit sa peine, dont dérive une incapacité d'exercer certains droits. Elle frappe en outre le condamné de la dégradation morale,qui est la conséquence naturelle de la circonstance qu'il a été convaincu du délit,dégradation qui constitue par elle-même une raison pour le faire considérer comme indigne ou incapable de l'exercice ou de la jouissance de certains droits, qui d'après la raison et la justice ne peuvent jamais être exercés que par un individu d'une honnêteté parfaite. Telle est notamment la fonction de tuteur. On ne peut, d'après nous, soutenir que celui, qui a été condamné à l'étranger comme faussaire ou comme

toine (Paris, Pedone-Lauriel, 1880), § 141 et suiv ; *Sulle disposizioni generali di Codice civile italiano*, T. II, § 544, p. 83.

[1] Le but principal de la peine est le rétablissement de l'ordre externe de la société, et il est pour nous évident,que c'est là où la société a été offensée par la violation de la loi, là où a été diminuée l'opinion de la sécurité des citoyens, que c'est là seulement qu'on a le droit de rétablir au moyen de la peine l'ordre troublé par le délit.

voleur, ne puisse pas être exclu de cette fonction, par le seul motif que, bien qu'il ait été condamné à l'étranger, on ne pourrait attribuer aucune valeur à la sentence pénale étrangère.

Nous noterons d'autre part, qu'on ne saurait admettre qu'une sentence pénale étrangère dût produire partout les mêmes conséquences légales, que celles qui auraient été consacrées par la loi du lieu où le jugement a été rendu. En effet, les conséquences légales de la condamnation, même en tant qu'elles modifient l'état, ou limitent la capacité du condamné, peuvent être considérées aussi comme une peine, en entendant par ce mot toute espèce de châtiment infligé par l'autorité suprême au coupable en raison de son délit.

Il est vrai que les incapacités légales, qui sont la conséquence de la condamnation n'en forment pas l'objet direct et ne sont pas prononcées par le magistrat. Toutefois, en fait, elles résultent virtuellement et de plein droit de la condamnation à une peine, à laquelle la loi a attaché l'effet de la privation totale ou partielle de certains droits civils. Dès lors ces incapacités, étant la conséquence légale et l'accessoire nécessaire de la condamnation, font partie intégrante de cette condamnation qui implique la peine, laquelle a un double caractère, celui de peine afflictive sur la personne du coupable et de peine morale, qui frappe l'état civil du condamné, en modifiant plus ou moins gravement sa condition juridique. Cette peine n'est pas véritablement prononcée, parce qu'elle résulte de plein droit de la loi ; mais comme elle résulte implicitement de la condamnation et existe pour les mêmes motifs que celle-ci, c'est comme si elle avait été prononcée comme une peine ordinaire.

Ceci posé, on comprend que si on admettait qu'une sentence pénale étrangère devrait produire partout les conséquences légales édictées par la *lex fori* à l'égard des modifications de l'état et de la capacité du condamné, cela équivaudrait à reconnaître l'autorité exterritoriale et l'exécution de la sentence pénale étrangère.

Notons, en outre, que l'on ne saurait non plus admettre en principe, que toute sentence pénale, même dans notre doctrine, puisse être considérée comme un fait juridique à l'égard de tous les États. En effet, si le prévenu avait été condamné comme auteur d'un délit par un magistrat incompétent d'après les principes du droit international ; si son droit à la défense n'avait pas été respecté : si les garanties constitutionnelles et de procédure consacrées par la loi du pays où aurait eu lieu l'instance ne pouvaient pas être présumées suffisantes pour faire attribuer à la condamnation étrangère l'autoritée de la chose jugée, on ne pourrait certainement pas considérer cette sentence comme un fait juridique à l'égard des autres États.

De là il résulte clairement que cette matière est, par elle même, remplie de graves difficultés et qu'il faut en faire une étude consciencieuse pour pouvoir les résoudre. Néanmoins, il ne nous semble pas admissible de les résoudre en posant en principe que la sentence pénale étrangère doive être réputée sans aucune valeur. Aussi pensons-nous, qu'il faut plutôt déterminer les conditions et les circonstances dans lesquelles elle peut être considérée comme un fait juridique dont dérivent des conséquences juridiques.

483. — Nous ne trouvons pas consacrés dans les lois positives les principes et les règles destinés à faciliter la solution de la question, sauf en ce qui concerne certaines dispositions particulières. Ainsi, dans le Code pénal de l'empire d'Allemagne, on dispose de la façon suivante à l'article 37 : « Si un Allemand a été puni à l'étranger pour un crime « ou un délit qui, d'après les lois de l'Empire d'Allemagne, « peut avoir pour conséquence la privation des droits civi- « ques honorifiques, d'une façon générale, ou de certains « droits spéciaux, on pourra ouvrir une nouvelle instance « pénale pour décréter contre lui cette privation quand il « est reconnu coupable. » Le paragraphe 9 du Code pénal Badois est ainsi conçu : « Les sentences pénales étrangères

« produisent les mêmes effets que les sentences des tribu-
« naux badois relativement à la perte des droits honorifi-
« ques et des fonctions publiques et au droit qui appartient
« au gouvernement de destituer ou de suspendre le condamné
« d'une fonction. Toutefois celui-ci a le droit de demander
« que le tribunal compétent du pays décide s'il aurait été
« condamné pour le même délit suivant les lois du pays
« et si la condamnation aurait eu les mêmes conséquen-
« ces. »

Dans la législation italienne, où on admet le principe de l'autorité de la chose jugée étrangère en matière civile, sous certaines conditions déterminées, on ne reconnaît aucune autorité à la sentence pénale et dans les divers projets de Code pénal, [1] on a refusé d'admettre qu'elle pût avoir pour résultat l'aggravation de la peine en matière de récidive. En effet, disait Mancini dans son rapport : « La réci-
« dive n'existe qu'à la condition de la pleine légalité et ré-
« gularité du jugement et de la condamnation qui ont
« frappé le coupable ; et il n'existe aucune certitude juridi-
« que de cette condition, que lorsque le jugement et la con-
« damnation ont eu lieu dans le royaume et par les soins
« des magistrats italiens. » [2]

[1] Projet de 1868, art. 72 ; Projet Vigliani, art. 87 ; Projet Mancini, art. 84 ; projet de la Chambre des députés, art. 77 ; projets Zanardelli, Savelli, Pessina, art. 72. Dans le projet de Code Pénal actuellement soumis au Parlement italien, il est ainsi disposé à l'article 78 : « Les condamna-
« tions prononcées par les tribunaux étrangers n'ont pas d'effet pour l'ap-
« plication des articles précédents. » (Ces articles sont ceux relatifs à la récidive.

[2] Rapport de Mancini du 25 novembre 1876.

Depuis la publication de l'édition italienne de 1888, dont cette traduction est la reproduction, une importante innovation a été faite dans le Code pénal italien sanctionné le 30 juin 1889, pour entrer en vigueur le 1er janvier 1890. Contrairement aux travaux préparatoires que nous avons indiqués, on y a admis que la sentence pénale étrangère peut produire certains effets légaux, même lorsqu'elle a été rendue contre un citoyen italien.

Tel est, en effet, le texte du dernier paragraphe de l'article 7 : « Si, à
« l'encontre d'un citoyen, il a été, à raison d'un délit commis en territoire

484. — Incontestablement, dans les pays où, comme en Allemagne, il existe une disposition légale en cette matière, il est nécessaire que les juges se reportent à la loi en vigueur pour déterminer les effets légaux d'une condamnation pénale étrangère à l'égard des citoyens. Mais dans les États où il n'exite aucune disposition légale spéciale, il faudra que les juges résolvent la question des conséquences légales d'une condamnation pénale étrangère suivant chaque cas spécial, en se référant aux principes généraux du droit, et voici comment, d'après nous, la controverse devrait être résolue.

485. — Nous commencerons par supposer que le condamné ait été jugé dans son propre pays et déclaré coupable d'un des délits qui, d'après la loi, entraînent l'interdiction légale et la privation de certains droits. Nous pensons que les modifications de l'état personnel et les incapacités dont serait frappé le condamné comme conséquences de la condamnation, aux termes de la loi de sa patrie, devraient être admises en principe même dans les pays étrangers. Par conséquent, celui qui serait incapable d'être conseil légal, administrateur judiciaire, tuteur ou curateur, ou d'exercer certaines conditions déterminées à la suite d'une condamnation pénale d'après la loi de sa patrie, devrait être réputé tel, même dans les pays étrangers. Nous ne saurions, sur ce point, partager l'opinion de Fœlix, qui dit que : « Les incapacités résultant de ces jugements ne peuvent avoir « leurs effets en pays étranger. »[1] Nous admettons, au con-

« étranger, prononcé une condamnation, qui d'après la loi italienne em- « porterait, comme peine ou comme effet pénal, l'interdiction des fonc- « tions publiques, ou une autre incapacité, l'autorité judiciaire, sur l'ins- « tance du Ministère Public, peut déclarer que la sentence prononcée à « l'étranger produit dans le royaume l'interdiction ou l'incapacité préci- « tées, sauf le droit pour le condamné de requérir qu'avant de statuer sur « l'instance du Ministère Public, on recommence le procès suivi à l'étran « ger. »

[1] Fœlix, *Traité du droit intern. privé,* n° 604.

traire, l'opinion de Demangeat, qui s'exprime ainsi : « Du « moment que l'on admet, que le statut personnel régit l'é- « tat et la capacité des personnes, il n'y a point à distinguer « pour quel motif l'état ou la capacité est affectée : il n'y a « point à distinguer non plus s'il est affecté immédiatement en « vertu d'une disposition générale de la loi, ou seulement à « la suite d'une déclaration judiciaire. Il y a uniquement à « voir si le jugement est régulier d'après la loi des juges qui « l'ont rendu. »[1]

486. — Cette règle devra toutefois être entendue avec les justes restrictions que nous avons indiquées à l'égard des incapacités qui dérivent de la loi personnelle. Comme celle-ci ne pourrait pas être efficace en pays étranger, si la reconnaissance de l'autorité de cette loi impliquait une offense au droit public territorial, elle ne devrait produire aucun effet en tant qu'elle consacrerait, comme conséquences de la condamnation pénale, certaines incapacités dont résulterait une atteinte au droit public territorial. Si, par exemple, aux termes de la loi personnelle du condamné, il résultait pour lui la mort civile ou l'infamie, on ne pourrait pas admettre ces effets dans un pays où ils ne seraient pas reconnus légalement. Par conséquent, dans les pays où, comme en Italie, on n'admet pas la mort civile, on ne saurait invalider tous les actes faits par le condamné hors du territoire où la sentence aurait été rendue, et son conjoint ne pourrait pas célébrer en Italie un nouveau mariage. On devrait, en effet, se conformer aux principes, d'après lesquels on n'admet pas l'autorité d'une loi étrangère qui ôte toute capacité juridique au moine, parce qu'elle le considère comme mort civilement.

On devrait décider de même en ce qui concerne l'infamie.[2]

[1] Demangeat, note sur le n° 604 de Fœlix et *Condition des étrangers*, p. 375-376.

[2] L'infamie réside dans le délit et non dans la peine et ne peut être, par un artifice spécial, rendue obligatoire par le législateur. Aussi, les

De Boullenois était d'un avis différent : « A l'égard des sta-
« tuts, disait-il, qui prononcent une mort civile pour crime
« ou sur note d'infamie, l'état de ces misérables se porte
« partout indépendamment de tout domicile ; et cela par un
« concert et un concours général de nations, ces sortes de
« peines étant une tache, une plaie incurable, dont le con-
« damné est affligé et qui l'accompagne en tous lieux. »[1]

Nous concluons dès lors, en admettant en principe la règle que nous avons formulée, mais en accordant au magistrat territorial une pouvoir discrétionnel, pour décider si certaines conséquences légales de la condamnation étrangère portent ou non une atteinte à l'ordre public ou au droit public territorial.

487. — Maintenant nous allons examiner le cas d'un citoyen jugé et condamné par un tribunal étranger à une peine dont dérivent certaines incapacités légales. On peut se demander, en effet, quelle est alors l'autorité territoriale de la condamnation. Pour envisager un système de lois positives, nous examinerons la question au point de vue de la loi italienne.

Nous laisserons de côté les condamnations pour délits politiques, parce que toute discussion à ce sujet serait inutile, en raison de l'opinion générale, qui exclut de ces délits la perversité d'esprit, l'immoralité et la dégradation du condamné, et nous nous occuperons seulement des condamnations de droit commun. Il est clair que la sentence pénale étrangère ne pourrait pas être efficace pour poursuivre en Italie l'exécution de la peine afflictive proprement dite

Codes des peuples civilisés ont-ils aboli l'infamie, parce qu'en réalité l'excitation au mépris devient inutile contre une personne qui a perdu l'estime publique et est immorale si elle est imposée légalement à l'encontre de ceux qui ne l'ont pas perdu. Bonneville, *De l'amélioration de la loi criminelle*, T. XI, ch. XIV ; Mittermayer, *Des peines infamantes* ; Story, *Conflict of Laws*, § 620-624.

[1] De Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *observation 4*, p. 64-65.

contre un Italien condamné ; mais devrait-elle être de nul effet chez nous à l'égard des conséquences légales, qui peuvent dériver de la condamnation pénale qui a acquis l'autorité de la chose jugée ?

488. — Nous ne pensons pas qu'on puisse le soutenir d'une façon absolue.

Le Code civil italien fixe parmi les causes d'incapacité à la tutelle, à la curatelle et à la protutelle la condamnation à une peine d'emprisonnement pour vol, fraude ou délit contre les bonnes mœurs. [1] Or, si la condamnation pénale étrangère à une peine criminelle ou à celle de la prison pour vol devait être réputée de nul effet en Italie, même à l'égard des conséquences légales qui dérivent de l'état du condamné, il en résulterait qu'un Italien, condamné par les tribunaux français ou par ceux de Berlin, à une peine qui emporterait l'exclusion des fonctions tutélaires, ne pourrait pas en être exclu, parce que l'on devrait considérer la sentence comme sans effet en Italie, pour le motif qu'elle aurait été prononcée par un tribunal étranger. On comprend facilement qu'une telle conclusion n'est pas admissible.

Le Code civil italien indique parmi les empêchements au mariage le fait que l'un des futurs a été dans une instance criminelle, déclaré auteur ou complice d'un homicide volontaire commis, manqué ou tenté sur la personne d'un des conjoints, et dispose qu'il ne pourra s'unir par le mariage à l'autre conjoint.[2] Or, étant admis le principe, que l'on considère comme incontestable, que les sentences pénales doivent perdre toute efficacité hors du territoire où elles ont été prononcées et doivent être aussi considérées comme sans aucune valeur comme fait juridique de nature à établir l'état de condamné, on devrait en conclure que l'empêchement prévu dans l'article 62 du Code civil italien ne pourrait pas résulter d'une sentence criminelle étrangère. Par consé-

[1] Art. 269.
[2] Art. 62.

quent, l'Italien, qui aurait été condamné par un tribunal français ou par un tribunal autrichien pour homicide sur la personne d'un des conjoints, ne pourrait pas être considéré en Italie comme coupable de ce crime et l'on ne pourrait pas lui appliquer l'empêchement de l'article 62, qui est cependant un empêchement d'ordre moral.

Nous ne voulons pas multiplier les exemples et nous négligerons les autres que nous pourrions indiquer, tels que, notamment, l'incapacité de succéder comme indigne édictée dans l'article 725 [1] du Code civil italien, celle de recueillir une donation. Dans tous ces divers cas, on aboutit toujours à une absurdité, si l'on veut admettre comme une règle absolue que la sentence pénale étrangère doit être considérée comme de nul effet en dehors du territoire où elle a été rendue, même à l'égard des effets légaux qui en peuvent dériver dans les rapports de droit privé.

489. — Notre opinion est rejetée par la majorité des auteurs. Nous n'en persistons pas moins à dire, que la négation absolue de toute autorité aux sentences pénales étrangères n'est pas conciliable avec le mouvement moderne, qui tend à faire triompher le principe de la solidarité des peuples qui sont au même niveau de culture et de civilisation et à établir une communauté de droit entre eux.

Pour résoudre la controverse suivant les justes principes, nous ferons avant tout remarquer que les incapacités qui peuvent, d'après la loi du lieu du délit, dériver de la condamnation, ne peuvent modifier l'état et la capacité juridiques du condamné aux termes de la loi de sa patrie, et cela parce qu'aucun législateur ne doit être considéré comme compétent pour régler l'état et la capacité juridiques d'un étranger, cette faculté appartenant seulement au législateur de l'État dont chacun est citoyen. Nous admettons donc le principe, que les magistrats de la patrie du condamné peu-

[1] Compar. art. 726. C. Civ. français.

vent seulement admettre les modifications de l'état et de la capacité qui dérivent de la condamnation pénale d'après la loi de son propre pays, et nous sommes d'avis qu'ils doivent regarder ces effets comme la conséquence légale du fait juridique lui-même, en admettant la sentence pénale étrangère comme efficace pour établir l'état du condamné même à l'égard de la loi de son pays et pour en déduire les modifications de l'état et de la capacité personnelle, qui dérivent de la condamnation pénale qui a acquis l'autorité de la chose jugée.

Notons, toutefois, que, comme dans notre ordre d'idées tout devrait dépendre du point qu'on considère la sentence pénale étrangère comme un fait juridique, on devrait attribuer un pouvoir discrétionnel au magistrat national, pour décider si cette sentence pourrait ou non être considérée comme un fait juridique de nature à établir l'état du condamné. Cela devrait toujours être admis toutes les fois que le jugement aurait été rendu dans un pays qui se trouverait au même niveau de civilisation, où les droits de la défense seraient assurés et où il existerait un système de lois constitutionnelles et de procédure suffisantes pour faire présumer la justice de la condamnation et alors que la compétence du tribunal ne saurait être contestée. A supposer que toutes ces conditions soient remplies, le magistrat de l'État dont le condamné serait citoyen devrait ordonner que la sentence pénale étrangère serait réputée un fait juridique propre à servir de base aux conséquences légales dérivant, aux termes de la loi du pays, de la condamnation pénale dans les rapports de droit privé.

Les principes que nous venons d'exposer pourraient être appliqués dans l'hypothèse où la loi de l'État n'aurait rien disposé à l'égard de l'efficacité d'une sentence pénale étrangère. Mais si elle renfermait certaines dispositions spéciales, comme, par exemple, le Code pénal allemand, les tribunaux ne pourraient pas se dispenser d'appliquer les dispositions légales en cette matière.

S'il s'agissait d'un citoyen d'une Puissance tierce condamné à l'étranger, on devrait appliquer les mêmes principes pour déterminer les incapacités dont il devrait être frappé par suite de sa condamnation, et l'on devrait tenir compte également de la loi de sa patrie, pour déterminer d'après elle les modifications à sa capacité et la privation de certains des droits qui lui appartiennent. Il reste, toutefois, bien entendu que cette règle doit toujours être admise avec les justes restrictions exposées plus haut. Par conséquent, jamais on ne pourrait, en invoquant la mort civile, qui serait la conséquence légale de la condamnation prononcée contre un étranger, considérer comme nul en Italie le testament fait par cet étranger.

490. — Nous dirons finalement qu'en certains cas les conséquences légales de la condamnation pénale étrangère peuvent être réglées d'après la loi territoriale, quand il y a dans cette loi des dispositions spéciales à ce sujet motivées par des raisons d'ordre public. Quel que soit le lieu où un étranger aurait été condamné pour homicide volontaire sur la personne d'un époux, il ne pourrait pas valablement en Italie s'unir par le mariage avec l'autre époux, même si ce dernier était étranger, parce que la conséquence légale de l'empêchement au mariage, dérivant de motifs évidents d'ordre public, devrait être admise même à l'égard d'un étranger.

491. — Pour la même raison, l'indignité de succéder à l'égard de l'individu convaincu de tentative d'homicide sur la personne, à la succession de laquelle il prétendrait, devrait être admise en Italie même à l'encontre d'un étranger condamné dans un autre État, si la sentence pénale étrangère pouvait avoir chez nous l'autorité de fait juridique. Nous disons cela, parce que nous pensons que l'incapacité de succéder dans les cas prévus par l'article 725 du Code civil italien est fondée sur des principes d'ordre public et de défense du droit social, principes qui seraient gravement at-

teints si l'auteur de la tentative d'homicide, bien qu'étranger, pouvait recueillir la succession de sa victime.

Nous concluons donc en disant que, lorsque la sentence pénale étrangère peut avoir à notre égard l'autorité du fait juridique, elle doit produire les conséquences légales qui en résultent d'après la loi du pays du condamné, mais que dans certains cas elle peut aussi produire les conséquences légales résultant de la loi territoriale, lorsque ces conséquences sont motivées par des raisons d'ordre public, de sûreté ou de protection du droit social.

Avant d'abandonner cette matière, nous croyons utile de noter que la sentence pénale étrangère peut, parfois, servir de preuve de l'état personnel. C'est ce qui devrait être décidé, par exemple, dans l'hypothèse où un Italien ou bien un Français auraient célébré leur mariage dans un pays étranger et y auraient fait condamner criminellement un individu qui aurait détruit la preuve légale de leur union. Comme, aux termes de l'article 122 du Code civil italien, qui est conforme à l'article 198 du Code civil français, l'inscription de la sentence sur les registres de l'état civil peut servir à établir l'état des époux et assurer tous les effets civils de leur union, nous ne doutons pas que cet effet puisse résulter d'une sentence pénale étrangère. On devrait seulement exiger que le magistrat national compétent reconnût l'existence légale de la sentence étrangère.[1]

492. — On ne pourrait pas également soutenir, que la sentence pénale étrangère pourrait exercer une influence sur l'instance civile relative à l'état personnel, en ce sens qu'on pût prétendre que le tribunal de la patrie, appelé à statuer sur la question d'état dans les rapports avec le droit

[1] Voir nos ouvrages suivants : *Effetti internazionali delle sentenze penali*, chap. V, Dell' influenza che può avere una sentenza penale straniera (Loescher, 1877) ; — *Delle dispositioni generali sulla publicazione, applicazione e interpretazione delle leggi*, T. II, § 568 (Naples, Marghieri. 1887).

civil, dût considérer les mêmes faits comme prouvés au point de vue des rapports civils, comme ils auraient été considérés devant les magistrats étrangers au point de vue de l'action pénale. On ne pourrait pas non plus soutenir que les tribunaux de la patrie devraient puiser dans la sentence pénale étrangère les éléments pour statuer en matière civile sur les mêmes faits. On devrait alors admettre, avec raison, que la chose jugée par le tribunal criminel étranger ne pourrait avoir aucune autorité au point de vue de la preuve des faits relatifs à la question d'état personnel.

Autre chose est l'autorité de la chose jugée étrangère quant à l'établissement du fait juridique de la condamnation pénale, pour déduire de ce fait certaines conséquences légales dans les rapports de droit privé, autre chose est l'autorité de la chose jugée pénale étrangère quant à l'établissement des faits qui peuvent former l'objet d'une instance civile devant les tribunaux de la patrie. Au premier point de vue, à supposer que l'action pénale ait été exercée devant le magistrat compétent, on devra reconnaître l'état du condamné comme un fait juridique, et le magistrat national, qui ne peut pas rouvrir les poursuites, devra se borner à constater le fait juridique et l'efficacité de ce fait d'après les conditions que nous avons indiquées à plusieurs reprises. Au second point de vue, au contraire, la sentence pénale étrangère devra être considérée comme dépouillée de toute autorité quelconque, comme *una res inter alios acta* à l'égard des tribunaux de notre pays, parce que le magistrat étranger a discuté et apprécié les faits au point de vue du droit pénal de son pays, mais n'a rien discuté et décidé au point de vue du droit civil de la patrie du condamné. Par conséquent, rien ne s'oppose à ce que les mêmes faits soient appréciés par le magistrat de la patrie d'une façon toute autre qu'ils ne l'ont été dans le jugement pénal étranger. [1]

[1] Voir pour de plus amples développements de la question nos ouvrages: *Degli effetti internazionali delle sentenze penali* et *Traité de droit international pénal*, cit.

CHAPITRE IX

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

493. Conception des actes de l'état civil. — 494. A quel point de vue devons-nous nous en occuper ? — 495. On applique des règles différentes aux rapports de droit qui sont établis au moyen des actes de l'état civil. — 496. Principes relatifs à l'existence de l'acte. — 497. Les certificats délivrés par les ministres ecclésiastiques peuvent aussi être considérés comme des documents authentiques. — 498. Quand l'acte de baptême peut-il équivaloir à l'acte de l'état civil. — 499. Controverses auxquelles peuvent donner naissance les délais requis pour les déclarations de naissance et décès. — 500. Actes reçus à l'étranger devant les agents diplomatiques d'après la loi personnelle. — 501. Autorité de la loi personnelle à l'égard des actes de l'état civil. — 502. Règle générale relative aux actes de l'état civil d'un citoyen dressés à l'étranger. — 503. Valeur des actes de l'état civil comme moyens de preuve. — 504. Il ne faut pas confondre l'existence et la preuve de l'acte avec l'efficacité de ce même acte pour la décision d'une question d'état. — 505. Efficacité des actes de notoriété. — 506. Des indications étrangères. — 507. Rectification des actes de l'état civil et tribunal compétent pour l'ordonner. — 508. Considérations sur l'adjonction d'une particule, d'un prénom ou d'un nom patronymique.

493. — On qualifie d'actes de l'état civil les actes qui, d'après la loi de chaque pays, ont par eux-mêmes la force probante requise pour constater certains faits importants de la vie civile, tels que la naissance, le mariage, la filiation et la mort.

Chaque législateur indique l'autorité compétente pour recevoir ces actes et toutes les conditions requises pour leur validité ; mais il ne rentre pas dans le champ de notre étude de nous occuper de cette matière. Nous devons nous borner à examiner quelle est la force probante de ces actes

quand ils sont dressés à l'étranger. Nous nous en occuperons à un point de vue général seulement, ne pouvant traiter à fond de cette matière, qui a trait en particulier aux actes de mariage et de reconnaissance du fils naturel et aux questions qui concernent les rapports de droit qui peuvent résulter de l'acte de l'état civil, parce que nous examinerons chacune de ces questions dans la suite de cet ouvrage.

494. — Pour bien déterminer l'objet de notre étude, disons tout d'abord, que l'acte de l'état civil est considéré par la loi des divers pays comme la preuve préconstituée des faits accomplis en la présence de l'officier public qui l'a reçu et qu'il a, dès lors, la même autorité que l'acte authentique, qui fait pleine foi des faits accomplis devant l'officier public qui le reçoit, jusqu'à inscription de faux. L'acte de l'état civil ne peut constituer par lui-même la preuve décisive des rapports de droit qui peuvent être la conséquence des déclarations des parties devant l'officier public qui les a inscrites sur les registres publics. A l'égard de telles déclarations, l'acte dûment reçu doit, toutefois, être considéré comme la preuve préconstituée du fait juridique, c'est-à-dire de ce que les déclarations ont été faites et qu'elles ont été fidèlement reproduites sur les registres. Il faut dire, toutefois, que l'acte n'établit rien par lui-même, pas plus à l'égard de la véracité qu'en ce qui concerne la valeur des déclarations. Dès lors, tout ce qui concerne la formation de l'état civil et les règles relatives à la constitution légale et à l'efficacité juridiques de cet acte comme preuve des faits accomplis en présence de l'officier public ne peut s'étendre aux rapports de droit qui peuvent résulter de ces déclarations, ni aux règles destinées à résoudre les controverses relatives à ces mêmes rapports.

495. — Dès lors, à l'égard de ces rapports, il faudra appliquer les règles que nous avons établies pour résoudre les controverses d'état personnel et non celles que nous allons

exposer dans ce chapitre et qui se rapportent à la formation et à la valeur juridique de l'acte comme preuve des faits matériels qu'il constate. Il est hors de doute que les déclarations mêmes des parties doivent être considérées comme vraies jusqu'à preuve contraire, mais il ne saurait être suffisant de constater que ces déclarations ont réellement été faites, pour pouvoir trouver en elles une preuve concluante des rapports de droit qu'elles ont servi à établir.

Ainsi, par exemple, la filiation légitime peut être prouvée par l'acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil. Il faut dès lors avant tout établir qu'il existe un acte de naissance. Or, quand il a été reçu à l'étranger, il faut d'abord déterminer quelles conditions il doit remplir pour faire pleine foi : c'est là l'objet des règles exposées dans le présent chapitre. Mais si la déclaration de légitimité faite par le père était attaquée par une personne qui aurait intérêt à détruire la présomption de conception pendant le mariage, pour résoudre une telle contestation il faudrait appliquer les règles, que nous exposerons plus loin en ce qui concerne la preuve de la filiation légitime et les actions à introduire pour attaquer la légitimité.

496. — Il est dès lors clair qu'autre chose est l'existence de l'acte de l'état civil et sa force probante comme tel, et autre chose la substance de ce même acte et les contestations relatives aux rapports de droit qui peuvent résulter de cette substance. Il faudra à ce point de vue se reporter aux règles que nous exposerons par la suite.

Pour ce qui concerne l'existence de l'acte de l'état civil, il faut appliquer en principe la règle *locus regit actum*, qui doit être entendue en ce sens que cet acte reçu en pays étranger doit être considéré comme existant comme tel, alors qu'il a été rédigé dans les formes établies par la loi du lieu où il a été passé.

Par conséquent, tout ce qui concerne l'officier public compétent, la présence et la condition des témoins, les énoncia-

tions que l'acte doit contenir, les formalités exigées pour sa rédaction et les signatures dont il doit être revêtu, et tout ce qui a trait aux formalités requises par la loi pour lui attribuer l'authenticité, tout en un mot doit dépendre de la loi du pays étranger où cet acte a été reçu. On devra décider de même à l'égard des extraits des actes de l'état civil et des autorités compétentes pour les délivrer.

497.—Il est naturel que, lorsque d'après la loi étrangère, la formation et la conservation des actes de l'état civil est confiée au clergé, les certificats dûment délivrés par les prêtres doivent être considérés comme des documents authentiques.[1] Les tribunaux devraient seulement examiner si l'acte produit est régulier, et décider si les règles de compétence et de forme, auxquelles il est soumis d'après la loi étrangère, ont été observées. Lorsque l'authenticité d'un acte serait contestée, il appartiendrait toujours à l'intéressé qui l'aurait produit de faire la preuve de cette régularité aux termes de la loi étrangère sous l'empire de laquelle il aurait été reçu, et d'établir que toutes les dispositions de cette loi requises pour la validité de cet acte auraient été observées. Ainsi, par exemple, si l'acte avait été reçu à l'étranger par le prêtre attaché à la paroisse, au lieu de l'avoir été par le curé, ou s'il l'avait été par un chef de communauté religieuse ou par un

[1] C'est ce qui a lieu en Serbie, où les actes de l'état civil qui constatent les naissances, les mariages ou la mort sont inscrits sur les registres confiés aux prêtres attachés à chaque paroisse, et où les extraits de ces registres dûment délivrés sont considérés comme des actes authentiques.

Aux termes de l'article 15 de la convention consulaire entre la Serbie et l'Italie, conclue les 24 avril-6 mai 1881, il est convenu que les gouvernements respectifs doivent se communiquer par voie diplomatique et sans frais les actes de naissance, de mariage et de décès qui concernent leurs citoyens respectifs. Il en est de même aux termes de la convention consulaire entre la Serbie et l'Autriche-Hongrie. Plusieurs conventions de ce genre ont été conclues entre les divers États pour l'échange des actes de l'état civil par voie diplomatique. Une convention de cette nature a été stipulée entre le gouvernement italien et le gouvernement français le 13 janvier 1873. Voir de Card, *De l'échange des actes de l'état civil entre les nations par voie diplomatique.*

évêque, il appartiendrait à l'intéressé de prouver la compétence et la capacité du rédacteur.

498. — Il peut aussi arriver, que d'après la loi du pays étranger où la naissance a lieu, l'acte de baptême puisse tenir lieu d'acte de naissance, et nous ne doutons pas, qu'en ce qui concerne la valeur d'un tel acte, on ne doive aussi appliquer la loi locale. Par conséquent, la déclaration verbale faite au ministre ecclésiastique qui a administré le baptême et mentionnée dans l'acte inscrit par lui sur son registre doit équivaloir à un acte de l'état civil, pour établir notamment la date de la naissance et le nom du nouveau-né.[1]

Toutefois, il peut se présenter une très grave difficulté dans l'hypothèse où la déclaration de paternité naturelle faite verbalement au curé se trouverait mentionnée dans l'acte de baptême, si cet acte était signé seulement par le prêtre et non par le père naturel ou par la personne investie par ce dernier d'un mandat spécial à cet égard. L'acte de baptême qui, d'après la loi d'un pays, est efficace pour constater le jour de la naissance, le nom du baptisé, etc..., et qui équivaut à l'acte de l'état civil, pourrait-il en vertu de la règle, *locus regit actum*, avoir la même valeur pour constater la reconnaissance faite par le père ou par la mère naturels, s'il était seulement signé par le curé ? Nous ne saurions l'admettre ; mais nous étudierons cette question en son lieu.[2] Ici nous dirons seulement que la controverse à ce sujet ne concerne nullement

[1] La Cour de cassation française a sanctionné cette théorie par son arrêt du 22 mai 1850, par lequel elle a admis que les extraits du registre des baptêmes délivrés et signés par le pasteur apostolique de Batavia, et qui d'après la législation des colonies hollandaises font foi en justice des faits qu'ils sont destinés à constater sans qu'il soit nécessaire qu'ils soient revêtus de la signature des parents et des témoins dénommés dans l'acte, peuvent être invoqués en France pour établir légalement la naissance d'un fils et sa filiation légitime, surtout quand la preuve résultant de tels extraits se trouve corroborée par d'autres certificats et par une sorte de possession d'état non contestée (*Journ. du Palais*, 1851, t. II, p. 142).

[2] Compar. *Chambéry*, 23 février 1886, Lathout c. Col. (*Journ. du Dr. internat. privé*, 1885, 665).

l'existence de l'acte, mais les rapports de droit qui peuvent résulter de la substance de ce même acte, et nous avons déjà fait remarquer que les controverses relatives à ces rapports doivent être résolues d'après d'autres principes.

499. — Ce n'est pas seulement la forme de rédaction de l'acte de naissance qui doit être régie par la loi du lieu où il a été dressé; mais il doit en être de même des délais, dans lesquels doit avoir lieu la déclaration de naissance, afin qu'elle suffise par elle-même pour établir la date de cette naissance.

Par conséquent, s'il était nécessaire d'établir exactement le jour et l'heure de la naissance d'un enfant, afin de régler, par exemple, la succession, on devrait considérer ce jour et cette heure comme prouvés, s'ils résultaient de la déclaration faite dans les délais légaux, en vertu du principe général, que les actes publics font foi de leur contenu, lorsqu'ils sont rédigés en observant les formes prescrites par la loi du pays où ils ont été reçus.[1] Il devrait donc en être ainsi de la déclaration de naissance faite en Italie dans les 5 jours à partir de la naissance (art. 371 C. civ. italien) ; tandis qu'en France, pour avoir cette force probante, la déclaration devrait avoir lieu dans les 3 jours (art. 55 C. civ. français), et qu'en Angleterre il suffirait qu'elle fût faite dans les 40 jours.

Mais que devrait-on décider dans l'hypothèse où la loi étrangère serait muette sur le délai requis pour faire la déclaration de naissance ? Nous ne pensons pas qu'on puisse admettre qu'il suffise d'invoquer la règle *locus regit actum*, pour décider que la déclaration de naissance, à quelque date qu'elle fût faite, devrait être efficace pour établir la date de la naissance contenue dans la déclaration, lorsque celle-ci serait ensuite contestée.

D'après les principes généraux du droit, il est indispensa-

[1] Compar. Trib. de la Seine 14 décembre 1849 ; Paris 6 mai 1850 et Cass. française, 8 décembre 1851. S. 52, 1, 161 ; *Journ. du Dr. internat. privé*, 1874, p. 305.

ble que les faits résultant de la déclaration de naissance soient réellement constatés par l'officier qui rédige l'acte, ou qu'ils soient susceptibles d'être constatés par les déclarants. Par conséquent, le délai pourra être plus court ou plus long ; mais il est toujours nécessaire qu'il y ait une limite approximative quelconque, pour pouvoir admettre l'exactitude des déclarations et pour qu'elles puissent mériter une foi absolue. Dès lors, si la déclaration avait été faite à une époque éloignée de la naissance dans un pays où la loi ne fixerait aucun délai, comme cela existe notamment d'après la législation de Buenos-Ayres, le magistrat devant lequel la date de la naissance serait contestée, pourrait, sans arguer de faux l'acte de naissance, ordonner une enquête ou les mesures d'instruction qu'il jugerait utiles pour s'assurer de la véracité de la déclaration.[1]

Les mêmes principes sont applicables à l'acte de décès.[2]

500. — Nous devons faire remarquer, que les actes de l'état civil ont pour but principal d'établir la condition juridique de la personne et les rapports de famille, et de constater certaines circonstances essentielles, dont dérivent les droits d'état personnel et la capacité personnelle. Ces droits qui dépendent directement de la naissance, de la filiation, du mariage et de la mort, sont strictement connexes à l'état personnel lui-même. Aussi doit-on admettre que la loi dont dépend l'état personnel de chaque individu peut régler en pays étranger la formation des actes de l'état civil de ses citoyens. Presque toutes les lois disposent, que ces actes peuvent être reçus par les agents diplomatiques et consulaires de l'État, lorsqu'ils sont faits dans l'intérêt d'un citoyen,[3] et

[1] En ce sens, Pau, 19 février 1873, Dumont c. héritiers Frichon (*Journ. du Dr. internat. privé*, 1873, p. 305).

[2] Compar. Bordeaux, 26 mars 1878, Dassaut c. Charbot (*Journ. du Dr. internat. privé*, 1878, p. 598).

[3] C. civ. français, art. 148 ; C. civ. italien, art. 368 ; loi anglaise du 28 juillet 1849 ; loi allemande du 6 février 1875, art. 85.

pourvoient à leur rédaction durant les voyages en mer ou durant l'occupation militaire d'un territoire étranger.

Il est hors de doute, que les actes de l'état civil reçus à l'étranger conformément à la loi personnelle de chacun doivent être reconnus partout valables; car de même que l'on admet partout l'autorité de la loi personnelle en tant qu'elle règle l'état personnel de chacun, on doit aussi admettre partout l'autorité de cette même loi en tant qu'elle règle la constatation des faits dont dépendent l'état de la personne et les droits qui en sont la conséquence.

501. — On ne peut pas soutenir que la règle *locus regit actum* doive être appliquée aux actes de l'état civil de même qu'aux autres actes de la vie civile. A l'égard du citoyen, qui fait à l'étranger un acte sans observer la règle de droit international *locus regit actum*, mais qui au contraire remplit les formalités prescrites par la loi de sa patrie, on ne peut pas prétendre que l'acte ainsi accompli par lui doive produire partout les mêmes effets légaux, que dans son pays.[1] Au contraire, pour les actes de l'état civil, on doit admettre la compétence de la loi personnelle, de sorte que ces actes concernant un citoyen reçus à l'étranger conformément à sa loi personnelle doivent partout produire effet, parce qu'en cette matière, la loi personnelle a une autorité prépondérante.

Dès lors, on devra considérer partout comme valable l'acte de naissance d'un enfant né durant un voyage en mer sur un navire italien et déclaré conformément aux dispositions des articles 380 et suivants du Code civil italien. Il devrait en être de même, si la naissance avait eu lieu à bord d'un navire français et si l'acte avait été reçu aux termes des articles 59 et suivants du Code civil français.

Ainsi, on devra considérer comme valable partout l'acte de l'état civil d'un Italien reçu à l'étranger par un agent diplomatique ou consulaire italien en observant les formalités

[1] Voir *suprà*, § 257 et suiv.

requises par le Code civil italien, même si cet acte était produit devant les tribunaux du pays étranger où il aurait été reçu par l'agent diplomatique italien et si les formes prescrites par la loi de ce pays étaient différentes.

On ne pourrait pas soutenir, dans une telle hypothèse, que la règle *locus regit actum* n'ayant pas été observée, l'acte ne pourrait pas être efficace d'après la loi de ce pays dont on n'aurait pas observé les formalités. On doit, au contraire, admettre que l'autorité prépondérante est celle du statut personnel, et comme on reconnaît que ce statut doit avoir autorité pour ce qui concerne l'état de la personne, il doit en être ainsi également pour ce qui est des actes destinés à constater cet état.

502. — Il résulte de là que les citoyens d'un État dont la loi reconnaît aux agents diplomatiques ou consulaires le droit de recevoir à l'étranger les actes de l'état civil,[1] peuvent suivre deux voies, ou bien faire rédiger l'acte par l'officier public étranger dans les formes prescrites par la loi étrangère, ou le faire recevoir par les agents diplomatiques ou consulaires de leur pays en observant les formalités exigées par la loi de leur patrie. Toutefois, dans les deux cas, on doit admettre comme une obligation d'observer, à l'égard de la forme, les prescriptions de l'une ou l'autre loi. Par conséquent, si l'acte avait été reçu par l'officier public du pays étranger et si la loi de ce pays exigeait la présence de trois témoins mâles et domiciliés dans l'État[2], l'acte reçu

[1] L'article 29 de la loi consulaire italienne du 28 janvier 1866 est ainsi conçu : « Les consuls exercent à l'égard des nationaux les fonctions d'officiers d'état civil en se conformant à la loi du royaume, sauf les exceptions et les dispositions établies par la présente loi. Ils reçoivent en « cette qualité, quand ils en sont requis, les actes de naissance, de mariage, de décès des citoyens italiens et les déclarations relatives à la « qualité de citoyens, en observant les formes prescrites. » Aux termes du décret du 7 juin 1866, il a été prescrit (art. 191) que les vice-consuls et agents consulaires, dans l'exercice des fonctions d'officiers de l'état civil, doivent se conformer aux dispositions du Code civil.

[2] Aux termes de l'article 20 du Code civil néerlandais, les témoins

en présence de deux témoins ou en présence de témoins non domiciliés ne pourrait être valable, même si les autres formalités de la loi locale avaient été remplies. En un mot, la partie peut choisir l'autorité compétente pour rédiger l'acte, mais elle ne peut pas être dispensée de l'observation rigoureuse de la loi qui doit en régler la forme.

503. — On doit admettre, en principe, que les actes de l'état civil, de même que les actes publics, font foi de leur contenu, toutes les fois qu'ils sont parfaits à l'égard de la forme, et que leur force probante doit être déterminée d'abord d'après la loi étrangère, lorsqu'ils ont été reçus par un officier public étranger. Mais on ne saurait admettre également, que la valeur de la preuve, dans une contestation d'état civil, doive être régie par la même loi. Celle-ci doit être appliquée quand la contestation est relative à l'existence, à l'authenticité et à la force probante de l'acte, c'est-à-dire relative au point de savoir s'il a ou non le caractère d'acte public ; mais l'efficacité de la preuve résultant de ce document doit être régie par la loi d'après laquelle devra être tranchée la question d'état civil, à l'occasion de laquelle l'acte reçu à l'étranger serait produit. Par conséquent, lorsqu'on soulèverait la question de savoir si la preuve résultant de l'acte authentique pourrait être détruite par la simple preuve contraire résultant de documents, écritures ou témoins, elle devrait être résolue d'après la loi qui doit régler la question d'état civil, et non d'après celle du pays où on aurait rédigé l'acte de l'état civil produit en justice pour trancher la question d'état.

504.—Il est nécessaire de bien distinguer les deux questions pour ne pas être induit en erreur. Autre chose est l'existence de l'acte, autre chose est la valeur et l'*efficacité*

dans les actes de l'état civil doivent être mâles, majeurs et domiciliés dans le royaume.

d'un acte prouvé pour la décision du litige. C'est au premier point de vue seulement qu'on devra appliquer la loi étrangère. Ainsi, s'il était disposé dans cette loi que les actes de l'état civil ne devraient pas être signés par les déclarants, mais seulement par l'officier qui reçoit leurs déclarations, l'acte ainsi formé devrait être valable en Italie, à supposer que le déclarant fût Italien, bien qu'aux termes de l'article 353 de notre Code civil,[1] il soit disposé que les actes de l'état civil doivent être signés par les déclarants, les témoins et l'officier qui les reçoit et que si les déclarants ne peuvent pas signer, il doit être fait mention de la cause de l'empêchement. Cette difficulté, concernant l'existence de l'acte, devra être décidée d'après la loi du pays étranger et non d'après notre loi. Mais, à supposer que l'acte reçu en pays étranger ait, aux termes de la loi de ce pays, le caractère d'un acte public et que l'authenticité de cet acte soit prouvée et établie, la partie ne pourra pas invoquer la loi étrangère pour être admise à prouver par des documents, des écritures et des témoins contre l'acte authentique d'état civil, parce que notre loi, disposant que les actes de l'état civil dûment reçus, quand ils ont le caractère de l'authenticité, font foi jusqu'à inscription de faux de ce que l'officier de l'état civil atteste avoir été déclaré en sa présence, cette disposition doit s'imposer à nos tribunaux, lorsqu'ils sont appelés à discuter une question d'état et à statuer sur la valeur résultant d'un document authentique.[2]

On devra trancher de même toute contestation sur le point de savoir si la possession d'état en opposition avec l'acte de naissance peut prévaloir contre l'acte, et quand on doit admettre la preuve contraire par témoins.

505. — On doit appliquer les mêmes principes relative-

[1] Cet article est conforme à l'article 39 du Code civil français.

[2] Voir *contrà* Daguit, *Des conflits de législation relatifs à la forme des actes de l'état civil.*

ment à la valeur des actes de notoriété destinés à établir la naissance, la mort ou le mariage.

Il faut admettre, en général, que lorsque ces actes ont été dressés à l'étranger, ils peuvent, à titre d'exemple, valoir comme preuve, d'après la loi italienne, dans le seul cas où il n'a pas été tenu de registres de l'état civil ou lorsqu'ils ont été détruits ou égarés en tout ou en partie. Par conséquent, on ne peut pas admettre que les tribunaux puissent discrétionnairement admettre la preuve par témoins ou documents d'un acte de l'état civil reçu à l'étranger, lorsque l'intéressé ne peut pas établir au moyen de cet acte le fait juridique accompli dans un pays étranger où il existe des registres de l'état civil ou lorsqu'il ne peut pas obtenir l'expédition de l'acte qui aurait dû être inscrit sur ces registres.

On doit appliquer aux naissances et aux décès qui se sont produits en pays étranger la règle, que ces faits ne peuvent pas être établis autrement qu'à l'aide des actes de l'état civil. Par conséquent, la simple difficulté de se procurer ces actes alléguée par l'intéressé ne peut pas être par elle-même une raison suffisante pour attribuer aux magistrats italiens le pouvoir d'admettre la preuve par documents, par écritures ou par témoins ; car ces modes de preuves ne sont admissibles, aux termes de la loi italienne, que lorsque les registres ont été détruits, égarés ou irrégulièrement tenus. Ce pouvoir du magistrat peut être admis dans les cas où les preuves extrinsèques sont admissibles ; car il peut alors décider s'il doit admettre ou exclure la preuve, et quelle valeur il peut lui attribuer quand elle a été administrée.[1]

506. — A l'égard des indications contenues dans l'acte de l'état civil et qui y sont étrangères, on devra également appliquer la loi personnelle pour statuer sur la valeur de ces

[1] Compar. Cass. française, 9 juillet 1873, Letombe, c. héritiers Mazuc (*Journ. du dr. intern. privé*), 1875, p. 16.

indications. C'est ce qu'on doit dire, par exemple, de la mention dans l'acte de la qualité de citoyen du père. Les déclarants n'ayant aucune qualité en ce qui concerne un tel fait, leur déclaration devrait être réputée de nul effet. Notons, toutefois, que dans l'hypothèse où l'on ne pourrait pas déterminer la qualité de citoyen du père, là circonstance qu'il aurait omis d'indiquer dans l'acte de naissance de son fils sa qualité d'étranger pourrait être un argument pour le considérer comme citoyen du pays où cet acte aurait été reçu, quand les prénoms et les autres circonstances seraient de nature à confirmer cette présomption.

507. — Les actes de l'état civil peuvent être rectifiés quand ils renferment des erreurs, des omissions, des énonciations qu'ils ne doivent pas renfermer, ou des irrégularités de forme. A cet égard, il faut aussi se référer à la loi du pays où l'acte a été reçu et observer les règles de procédure qui y sont prescrites pour la rectification de ces actes et s'adresser à l'autorité compétente d'après cette loi. Notons toutefois que, lorsque l'acte de l'état civil d'un citoyen a été rédigé dans un pays étranger et que la demande de rectification de l'omission a été portée devant les tribunaux de la patrie de ce citoyen, ceux-ci ne peuvent pas se déclarer compétents pour ordonner cette rectification.

Il pourrait arriver, qu'on introduisît devant les tribunaux de la patrie une instance pour faire ajouter au nom une particule omise dans l'acte de l'état civil reçu à l'étranger, afin de permettre ainsi de mieux constater l'identité de la personne, ou pour faire ajouter au nom un titre nobiliaire ou honorifique omis également dans cet acte. Alors, le tribunal compétent pour statuer sur le droit d'ajouter la particule ou le titre, en le considérant comme un droit civil ou patrimonial, pourrait seulement autoriser la personne à faire usage de la particule ou du titre, mais ne pourrait pas ordonner la rectification de l'acte de l'état civil reçu à l'étranger.

Lorsque la demande en rectification serait faite devant

l'autorité compétente du pays où l'acte de l'état civil aurait été rédigé, cette autorité pourrait statuer sur la demande de rectificaton, si cette demande avait pour objet de faire rectifier des expressions inexactes ou de faire compléter l'acte en y ajoutant des expressions omises par erreur ; mais elle ne devrait pas accueillir la demande, si elle comportait en même temps une question d'état personnel. En effet, dans ce cas, il faudrait, tant à l'égard de la compétence, que de la loi applicable, appliquer les principes et les règles qui concernent les questions d'état personnel.

Par conséquent, si prévalait la règle rationnelle consistant à attribuer en principe pour juger ces questions, la compétence aux tribunaux de la patrie de chacun, le tribunal territorial ne devrait ordonner la rectification de l'acte de l'état civil, qu'après que le juge étranger compétent aurait tranché la question d'état personnel soulevée en même temps que la demande de rectification de l'acte de l'état civil.

508. — Parmi les indications contenues dans un acte de l'état civil peut se trouver celle d'un titre de noblesse appartenant à la personne. Or il peut se faire que la demande en rectification de l'acte ait pour but d'obtenir la radiation d'un titre de noblesse attribué à une personne qui n'y avait pas droit. A supposer que ce titre ait été conféré par une souveraineté étrangère ou par le souverain qui originairement exerçait sa domination sur le territoire ensuite annexé à l'État, le tribunal pourrait toujours statuer sur ce point, si le titre nobiliaire était réclamé en justice, ce titre devant être regardé comme un droit patrimonial, même lorsqu'il aurait été accordé par un souverain étranger ou par un souverain dépossédé.

Dans ces circonstances, à supposer qu'aux termes de la loi de l'État, on accorde aux citoyens la faculté de porter des titres de noblesse conférés par une souveraineté étrangère, à certaines conditions, telles que, par exemple, de les faire reconnaître et inscrire sur certains registres, le tribunal de-

vrait décider d'après la loi territoriale, si les dispositions de cette loi à l'égard de la reconnaissance et de l'enregistrement des titres conférés par un souverain étranger, auraient été observées, et décider aux termes de la loi étrangère, d'après laquelle le titre aurait été conféré si la personne a le droit de porter le titre nobiliaire auquel elle prétend. Le tribunal devrait donc se prononcer, conformément à ces principes, sur la demande de rectification de l'acte de l'état civil. [1]

Le droit de faire usage d'un titre de noblesse, d'un prénom, d'un nom patronimique doit être considéré comme un droit civil de la personne, et dès lors comme une partie de son patrimoine.

Même lorsque le titre de noblesse ou le nom patronimique auraient été originairement attribués à quelqu'un comme possesseur d'un fief, l'abolition des rapports féodaux ne pourrait pas être une raison suffisante pour le priver du droit d'en faire usage, et pour exclure la demande faite par lui d'insérer le nom patronimique dans l'acte d'état civil ou de faire rectifier en ce sens l'acte inexact sur ce point.

A supposer que la loi en vigueur n'ait pas expressément défendu de se servir de certains noms patronimiques et de les inscrire dans les actes publics, même lorsqu'ils rappelleraient le nom d'un fief, ils pourraient être considérés comme un titre honorifique, et le droit d'en faire usage devrait être réputé un droit acquis et patrimonial, et comme tel transmissible par succession. [2]

[1] Compar. Nîmes, 11 mai 1875, de Causan c. de Causan (*Journ. du dr. intern. privé*, 1876, p. 364).

[2] Voir en ce sens, tribunal de Bruges, 19 décembre 1883, *Pasicrisie belge*, 1883, III, 13 et Aubry et Rau, § 63, note 17.

FIN DU PREMIER VOLUME.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

DU PREMIER VOLUME

PRÉLIMINAIRES

NOTION ET OBJET DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

CHAPITRE PREMIER

CHAPITRE II

EXPOSÉ SOMMAIRE DE L'HISTOIRE DE LA CONDITION DES ÉTRANGERS.

CHAPITRE III

CONSIDÉRATIONS HISTORIQUES SUR LE RAPPORT DE SUJÉTION.

CHAPITRE II

DE LA LOI QUI DOIT RÉGLER LES RAPPORTS DE FAMILLE ET LES DROITS QUI EN DÉRIVENT.

CHAPITRE III

DES CHOSES ET DE LA LOI QUI DOIT RÉGIR LES DROITS RÉELS.

CHAPITRE IV

LOI DE LA SUCCESSION.

CHAPITRE V

DE LA LOI DES OBLIGATIONS.

§ I. — *De la loi de l'obligation conventionnelle.*

§ II. — *Du lieu où l'on doit considérer le contrat comme parfait et de celui où l'on doit considérer l'exécution comme fixée.*

CHAPITRE VI

DE LA LOI QUI DOIT RÉGIR LA FORME DES ACTES.

CHAPITRE VII

DE L'AUTORITÉ TERRITORIALE DU DROIT PUBLIC ET DES LOIS D'ORDRE PUBLIC.

CHAPITRE VIII

DE LA PREUVE ET DE LA JUSTE APPLICATION DU DROIT ÉTRANGER.

PARTIE SPÉCIALE

LIVRE PREMIER

Des personnes et des droits de condition civile.

CHAPITRE PREMIER

DE L'ÉTRANGER ET DE SA CONDITION CIVILE.

CHAPITRE II

DES PERSONNES JURIDIQUES ÉTRANGÈRES.

CHAPITRE III

DE LA QUALITÉ DE CITOYEN.

CHAPITRE IV

DE LA NATURALISATION.

§ I. — *De la naturalisation ordinaire.*

CHAPITRE V

DU DOMICILE.

CHAPITRE VI

DE L'ABSENCE.

CHAPITRE VII

DES PERSONNES INCAPABLES ET DES MESURES DE PROTECTION ÉTABLIES PAR LES LOIS DANS L'INTÉRÊT DE CES PERSONNES.

§ I. — *Des incapacités juridiques et de la loi qui doit régir les actes des incapables.*

§ II. — *Des mesures de protection établies par la loi dans l'intérêt des incapables (tutelle, curatelle, etc., etc.)*

APPENDICE

De la condition de l'étranger

La condition de l'étranger s'est notablement améliorée à la suite des progrès de la civilisation. Néanmoins, on ne saurait prétendre que l'étranger ait été juridiquement assimilé au citoyen. Il est naturel que la jouissance des droits politiques doive être réservée aux seuls citoyens à l'exclusion des étrangers. On doit également admettre que le législateur de chaque Etat attribue la jouissance de certains droits civils aux nationaux. Mais pour ce qui concerne la jouissance des droits civils en général, on devrait décider, en principe, que les étrangers pourraient exercer ceux de ces droits qui leur appartiennent au même titre que les citoyens.

Aujourd'hui on tend incontestablement en cette matière à l'assimilation de l'étranger au citoyen ; mais cette assimilation ne s'est pas encore réalisée. Il faut toutefois constater qu'on a fait des progrès très importants, si on considère que jadis la condition civile de l'étranger différait tellement de celle du citoyen, qu'on pouvait pour ainsi dire regarder l'étranger comme placé en dehors du droit commun applicable au national. Actuellement, les législations sont plus libérales, et la condition de l'étranger se rapproche progressivement de celle du citoyen.

Dans tous les Etats civilisés on admet en principe que l'étranger a droit à la protection juridique au même titre que

le national, et ce principe est, en ce qui concerne certains Etats, consacré dans les traités et soumis à la condition de la réciprocité, tandis qu'à l'égard de certains autres, il se trouve formulé en termes généraux dans la loi constitutionnelle. Il en est ainsi notamment en Belgique, où l'article 128 de la Constitution du 25 février 1831 dispose de la façon suivante : « Tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique « jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, « sauf les exceptions établies par la loi. » Le même principe se trouve consacré dans la Constitution hollandaise du 30 novembre 1887, article 4.

Pour ce qui concerne la jouissance des droits publics et des droits civils, la tendance des législations contemporaines est l'assimilation de l'étranger au national, et il faut reconnaître que les progrès à cet égard sont notables et se produisent d'une façon continue.

En France, les lois nouvelles ont déjà considérablement amélioré la condition de l'étranger, en modifiant dans un sens plus rationnel et plus libéral les dispositions exorbitantes de la législation antérieure. Ainsi, par exemple, le droit d'expulser l'étranger, admis dans tous les pays comme une mesure de police et de haute administration, est d'après la loi des 3-14 décembre 1849 (art. 7), attribué au ministre de l'intérieur. En 1882, on avait déposé un projet de loi, qui avait pour but de limiter à cet égard le droit arbitraire de l'autorité administrative, en établissant que seul l'étranger condamné pour crimes ou délits de droit commun par les tribunaux français ou étrangers pourrait être expulsé par décret du ministre de l'intérieur, tandis que l'expulsion de l'étranger qui compromet la sécurité de l'Etat ne pourrait être prononcée que par décret rendu en conseil des ministres. Cette loi, proposée par le ministre Goblet, le 4 mars 1882, n'a pas été définitivement votée ; mais elle est l'expression de la tendance actuelle de réprimer tout acte arbitraire commis au préjudice des étrangers et de mieux assurer leur liberté. Nous ajouterons que, dans certains traités, il est stipulé que l'expulsion ne saurait

être prononcée sans motifs graves et de nature à troubler la tranquillité publique et avant que ces motifs et les documents qui en font foi n'aient été communiqués aux agents diplomatiques ou consulaires des nations respectives des expulsés [1].

Pour ce qui concerne la liberté de la presse, la loi du 29 juillet 1881 a également amélioré la législation antérieure. En effet, les lois du 18 juillet 1828 (art. 1er) et du 11 mai 1868 (art. 1er) n'accordaient pas à l'étranger le droit d'être rédacteur ou propriétaire d'un journal, droit pour lequel elles exigeaient la qualité de Français. Au contraire, la loi de 1881 n'exige pas cette qualité, et par conséquent elle permet à l'étranger d'être en France rédacteur ou propriétaire d'un journal. Elle a en outre retiré au gouvernement la faculté, qu'il avait antérieurement, d'empêcher l'entrée en France de certains livres étrangers. Il appartient à l'autorité judiciaire de décider, suivant les cas, si on peut interdire l'introduction des livres étrangers qui ont un caractère délictueux. Pour ce qui est de l'exercice des droits privés ou civils, nous avons également noté que la jurisprudence a interprété de la façon la plus favorable à l'étranger l'article 11 du Code civil, et que la jouissance de certains droits civils leur a été attribuée en vertu de lois spéciales. On s'était demandé si l'étranger pouvait faire déclarer sa faillite en déposant son bilan, ou si, au contraire, on pouvait lui refuser cette faculté sous le prétexte qu'il pourrait établir ce bilan d'une façon avantageuse pour lui au préjudice de ses créanciers français et se soustraire aux conséquences préjudiciables à ses propres intérêts en quittant la France et en retournant dans son pays. Mais la Cour de Cassation, par son arrêt du 24 novembre 1857 [2], a décidé que, « l'état de faillite, loin d'être le résultat de l'exercice « d'un droit civil soumis à la réciprocité exigée par l'arti- « cle 11 du Code civil, n'est que la conséquence du fait de la « cessation des paiements, fait dont la constation judiciaire

1. Weiss, *Traité de droit international privé. Le droit de l'étranger*, p. 93.
2. Dalloz, 1858, I, p. 85.

« est ordonnée dans un intérêt d'ordre public ; que la loi qui « impose principalement au commerçant failli l'obligation « d'assurer cette constation par la déclaration personnelle de « la cessation de ses paiements, lui inflige des peines, soit à « raison de l'inobservation de ce devoir, soit à raison de cer« tains faits consommés pendant sa gestion commerciale ; « qu'elle a ainsi les caractères d'une loi de police obligeant « tous ceux qui habitent sur le territoire français. »

Actuellement, la jurisprudence est fixée dans ce sens, et l'étranger peut prendre l'initiative de faire déclarer sa faillite. Le droit de propriété littéraire et artistique est garanti par les lois françaises à l'étranger au même titre qu'un citoyen. En effet, le décret des 19-24 juillet 1793, relatif à la propriété littéraire et artistique, protège l'auteur de l'œuvre intellectuelle ou artistique, sans faire aucune différence entre le national et l'étranger, et la jurisprudence se base sur ce décret. De plus, aux termes de l'article 40 du décret du 5 février 1810, portant règlement sur l'imprimerie et la librairie, il est disposé qu'indépendamment des traités et de l'autorisation de fixer son domicile en France, l'étranger doit être réputé assimilé au Français à l'égard des garanties légales de ses droits de propriété en tant qu'auteur [1]. « L'égalité du national et de l'étran« ger, dit Weiss, au point de vue de la garantie des œuvres « de l'esprit, est aujourd'hui formellement reconnue, non seu« lement par la législation française, mais par de nombreux « traités internationaux.

« Non seulement l'auteur étranger peut invoquer dans tous « les cas le bénéfice de l'article 1382 du Code civil, et deman« der à la justice française de l'indemniser du dommage que « la contrefaçon lui a fait éprouver, mais la protection des « lois spéciales sur le droit d'auteur lui est assurée. »

Le décret des 28-31 mai 1852 qui réprime la contrefaçon est

1. Comparez Renault, *De la propriété littéraire et artistique au point de vue du droit international, Journal du droit international privé*, 1878, p. 120.

applicable aux étrangers et punit même la contrefaçon résultant de la publication d'une première édition hors de France.

Le droit pour l'étranger d'obtenir en France un brevet d'invention se trouve consacré dans les articles 27, 28 et 29 de la loi du 5 juillet 1844, et n'est pas subordonné à la condition de la résidence ni à celle de la réciprocité diplomatique. Il suffit que l'étranger remplisse les formalités exigées par la loi et paie les annuités. Par suite de la délivrance régulière du brevet, l'inventeur est réputé propriétaire de son invention, peut exercer à l'égard de cette invention brevetée les droits attribués à son propriétaire et requérir la protection légale qui lui est reconnue. La condition indispensable pour obtenir la protection de l'invention brevetée c'est qu'elle ait le caractère de la nouveauté, et qu'elle n'ait pas reçu antérieurement au brevet une publicité suffisante pour être exécutée. Il faut dire en outre que, moyennant l'accomplissement de certaines formalités fixées par la loi, l'étranger peut obtenir en France, sous le titre de brevet d'importation, le brevet d'une invention déjà brevetée à l'étranger.

Il a, de plus, aux termes de la loi du 23 mai 1868, été disposé que les produits exposés dans les expositions internationales seraient garantis, et qu'il ne serait pas interdit à l'inventeur de demander le brevet de l'invention qu'il aurait exposée, à la condition toutefois qu'il ait obtenu de cette invention un certificat délivré par le préfet ou par le sous-préfet du département ou de l'arrondissement où a lieu l'exposition, et qu'il demande ensuite et obtienne un brevet régulier dans les trois mois de la clôture de l'exposition [1].

A l'égard de la protection des marques de fabrique, le droit pour l'étranger de demander en France la protection de ses marques de fabrique et de commerce est réglé par les lois du 23 juin 1857 et du 26 novembre 1873, aux termes de laquelle

1. Voir pour les détails en cette matière Weiss, *Traité de droit international privé*, t. II, *Le droit de l'étranger*, p. 256-291.

(art. 9) l'étranger peut requérir la protection de ses marques, si la législation et les traités assurent la même protection aux Français dans son pays.

En vertu de cette disposition, la réciprocité législative est suffisante pour que l'étranger puisse réclamer la protection accordée par la loi française aux marques de fabrique. Il va de soi qu'il est toujours nécessaire que l'étranger remplisse toutes les conditions requises par la loi française pour obtenir la protection légale.

Il faut du reste noter que, la France ayant participé au traité de l'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883, qui a été rendu exécutoire en France par le décret du 6 juillet 1884, les citoyens des Etats qui ont signé à l'origine cette convention ou qui y ont ensuite adhéré se trouvent protégés aux termes de ce traité [1].

Toutes les innovations que nous venons d'indiquer constituent évidemment un progrès notable. Néanmoins, les étrangers se trouvent encore actuellement en France dans une situation tout à fait singulière et exceptionnelle à l'égard de la jouissance et de l'exercice de leurs droits patrimoniaux, et il est nécessaire de se reporter à ce que nous dirons plus loin au sujet de la loi régulatrice des droits de famille, des droits de propriété immobilière et du droit de succession, et de tenir compte des limitations imposées par la loi française à l'égard de tout droit de l'étranger qui a pour objet un immeuble sis sur le territoire français, pour se rendre compte de toutes les améliorations qu'il serait nécessaire d'opérer dans la législation française pour protéger d'une façon plus rationnelle et plus complète l'étranger dans l'exercice de ses droits civils et patrimoniaux. Malheureusement, en France, la notion exacte de ce qu'on appelle le statut réel, c'est-à-dire des lois auxquelles on doit attribuer une autorité territoriale et absolue *erga omnes*, n'est encore nettement déterminée ni en doctrine

1. Voir à ce sujet pour ce qui concerne les traités conclus par la France et l'Union internationale de 1883, Weiss, *op. cit.*, p. 298-341.

ni en jurisprudence : nous le démontrerons du reste dans le cours de ce traité et surtout dans le quatrième volume relatif à la succession.

Un grand obstacle à l'application des vrais principes résulte de la règle consacrée par le législateur français dans l'article 3 du Code civil, qui prescrit que « les immeubles, « même ceux possédés par les étrangers, sont régis par la « loi française ».

En vertu de l'interprétation donnée à cette disposition par les tribunaux français, on en est arrivé à attribuer le caractère de statut réel à toute disposition législative qui a trait à un immeuble. Par conséquent, tout droit de l'étranger est réputé régi par la loi française toutes les fois qu'il doit s'appliquer à un immeuble situé sur le territoire français. En vertu de cette doctrine, la condition de l'étranger, à l'égard de tout droit civil qui lui appartient d'après la loi par laquelle le rapport juridique doit être réputé régi, doit être inévitablement gouvernée par la loi française, toutes les fois que le droit a pour objet un immeuble situé en France. Par conséquent, l'étranger subit souvent en France une sorte de *capitis diminutio* lorsqu'il s'agit de faire valoir ses droits à l'égard des immeubles, puisqu'alors il ne peut réclamer les droits civils qui lui appartiennent d'après la loi de sa patrie ou d'après celle de son domicile, mais les seuls droits qui peuvent lui appartenir aux termes de la loi française. Il est à noter que cette limitation à la jouissance et à l'exercice des droits n'est pas admise seulement quand le Droit public interne ou le Droit politique limitent l'autorité des lois étrangères sur lesquelles repose le droit civil de l'étranger, mais même lorsque le droit de l'étranger doit s'exercer à l'égard d'un immeuble situé sur le territoire français. De cette façon on ne reconnaît le droit de l'étranger qu'en le soumettant aux conditions fixées par la loi française, et on n'en admet la jouissance et l'exercice que dans les cas où les Français eux-mêmes pourraient prétendre à cet exercice et à cette jouissance. On admet donc qu'il appartient exclusivement au légis-

lateur français de déterminer la valeur juridique, l'étendue et la mesure du droit de l'étranger relatif aux immeubles situés en France. La Cour de Cassation, dans son arrêt du 27 juin 1878, a dit : « Attendu que la loi du 14 juillet 1819, qui admet « les étrangers à succéder en France, ne crée pas à leur profit « une capacité spéciale et exceptionnelle, mais qu'elle les « admet à succéder de la même manière que les Français « dans les limites et suivant les conditions déterminées par « la loi française... »

Disons toutefois que l'école française contemporaine tend à interpréter les lois existantes de la façon la plus conforme à la condition personnelle de l'étranger d'après sa loi nationale, et qu'en outre les tribunaux français cherchent souvent dans l'application des lois à faire prévaloir l'interprétation la plus favorable à l'étranger.

L'étranger se trouve dans la même situation légale dans les pays où la législation est en grande partie calquée sur la législation française. Il en est ainsi notamment en Belgique et en Hollande.

Dans les autres pays la jouissance des droits civils a pour base la règle de la réciprocité reconnue dans les traités en vigueur ou consacrée dans les lois.

En Autriche, aux termes de l'article 33 du Code civil, les étrangers ont généralement les mêmes droits et les mêmes obligations civiles que les citoyens, lorsque la jouissance de ces droits n'est pas attribuée exclusivement aux citoyens. Le législateur autrichien dispose toutefois dans ce même article que, pour jouir des mêmes droits que les citoyens, les étrangers doivent prouver, dans les cas douteux, que l'Etat auquel ils appartiennent traite les citoyens autrichiens à l'égard du droit en question comme ses propres citoyens.

En Suisse, la condition des étrangers est en général meilleure que dans les autres pays ; mais la jouissance des droits civils se trouve aussi subordonnée au principe de la réciprocité.

Pour ce qui concerne les droits de succession, comme l'arti-

cle 32 de la loi fédérale du 25 juillet 1891 dispose en principe que cette loi est applicable aux étrangers domiciliés en Suisse, on peut considérer ceux-ci comme régis quant à leurs droits de succession par les lois suisses lorsque ces droits ont pour objet des immeubles situés en Suisse. Dans chaque cas il y a lieu de se reporter aux traités conclus pour déterminer comment la succession d'un étranger qui s'est ouverte en Suisse doit être réglée [1].

En Serbie, d'après M. Paulovitsch, président de la Cour de Belgrade, aux termes de l'article 47 du Code civil, on admet la réciprocité sans restriction, et par conséquent on peut considérer le droit d'aubaine comme encore en vigueur dans ce pays à l'encontre des citoyens des Etats où la succession attribuée à un national serbe se trouve dévolue au fisc [2].

En Roumanie, le Code civil de 1865 sanctionne (art. 11) l'assimilation de l'étranger au national quant à la jouissance des droits civils. Toutefois, le paragraphe 5 de l'article 7 de la Constitution de 1879 dispose de la façon suivante : « Les « immeubles ruraux ne peuvent être acquis en Roumanie que « par les Roumains ou les naturalisés roumains ».

Les juristes roumains se basent sur cette disposition pour soutenir que l'acquisition par succession des immeubles ruraux est interdite aux étrangers, et que par conséquent ces biens doivent, en tant que sans maître, être attribués au fisc [3].

En Norwège, la loi du 21 novembre 1888 dispose qu'aucune propriété immobilière ne peut être acquise par un étranger sans l'autorisation du roi. Si une propriété est dévolue par succession et si l'autorisation de la conserver n'a pas été accordée à l'héritier étranger, l'autorité supérieure fixe un

1. Comparer Roguin, *Conflits des lois suisses*, ch. VI, p. 331 et suiv.; Lainé, *Étude concernant la loi fédérale suisse du 25 juin 1891* (*Bulletin de législation comparée*, 1893-1894, p. 209).

2. Voir l'article de Paulovitsch dans le *Journal de droit international privé*, 1884, p. 24 et suiv.

3. Comparer Suliotis dans le *Journal de droit international privé*, 1887, p. 430 et 561 et suiv.; Djuvara, *id.*, 1892, p. 1120.

délai pour procéder à la vente de cet immeuble à une personne capable de l'acquérir. A l'expiration de ce délai, qui ne peut être inférieur à six mois ni excéder trois années, à défaut de vente amiable, on procède à la vente forcée sans citation préalable [1].

Le Code civil de l'Empire d'Allemagne, qui a réalisé de notables progrès comparativement aux législations en vigueur dans les divers Etats qui constituent aujourd'hui l'Empire, édicte en principe que les étrangers jouissent des droits privés dont jouissent les indigènes. Toutefois, l'article 25 de la loi générale du 7 août 1896 est la source de restrictions basées sur la réciprocité. Cet article dispose qu'un Allemand peut faire valoir ses droits de succession, même lorsqu'ils sont basés uniquement sur les lois allemandes, quand la succession d'un Allemand qui a son domicile dans l'Etat du *de cujus* n'est pas réglée exclusivement par les lois allemandes. Du reste, l'article 31 de cette même loi consacre formellement le droit de rétorsion sans limite, car il dispose que « du consentement du Conseil fédéral, on peut, par disposi-« tion du Chancelier de l'Empire, établir qu'à l'encontre d'un « Etat étranger, aussi bien qu'à l'encontre des *citoyens* de cet « Etat et de leur ayant droit, on applique le droit de rétor-« sion ». Par suite de cette disposition, la jouissance des droits civils admise en principe pour les étrangers peut leur être refusée par voie de représaille juridique. Ce droit de rétorsion a reçu une application tout à fait exorbitante dans l'article 3 de la loi de l'Empire du 10 février 1877, qui est ainsi conçu : « Les créanciers étrangers sont égaux aux natio-« naux en matière de faillite, mais avec l'approbation du Con-« seil fédéral il peut être décidé par ordonnance du Chance-« lier de l'Empire qu'un droit de représaille peut être mis en « usage contre les citoyens d'un Etat étranger et leur ayant « droit. »

1. Loi du 21 avril 1888, art. 9, 13, 14 et 16 (*Annuaire de législation étrangère*, 1889, p. 756, traduction et notice par P. Dareste).

Ces restrictions sont la reproduction de celles consacrées par le Code civil prussien. Aux termes de l'article 41 de ce Code, les étrangers jouissaient dans l'Etat des mêmes droits que les nationaux pour tout acte licite, tant qu'ils ne se rendaient pas indignes de la protection des lois ; mais l'article 43 disposait de la façon suivante : « Toutefois, si un Etat étran-« ger soumet les étrangers en général et les citoyens prus-« siens en particulier à des règlements qui empirent leur « situation, ou s'il tolère sciemment des abus de ce genre, « on applique le droit de rétorsion. »

En Italie, cette matière a été réglée d'une façon toute différente. Dans la majeure partie des Etats dont la réunion a constitué le royaume d'Italie, la jouissance des droits civils en faveur des étrangers était subordonnée à la condition de réciprocité [1]. Toutefois, un important précédent dans le sens libéral existait déjà dans la législation de la Toscane, où le *motu proprio* du 11 décembre 1835 avait exclu complètement la condition de la réciprocité à l'égard des étrangers appelés à succéder dans le grand Duché.

L'article 1er de cet acte législatif était ainsi conçu : « Les « étrangers, à quelque nation qu'ils appartiennent, seront « admis à succéder dans toute l'étendue du territoire de nos « Etats dans toutes les successions testamentaires et *ab intes-« tat*, et à acquérir à un titre quelconque, même lucratif, à « l'égal de nos sujets, et de la même manière et aux mêmes « effets, sans qu'à aucun d'eux on puisse opposer l'existence « de lois qui refusent aux Toscans la capacité de succéder et « d'acquérir dans l'Etat auquel l'étranger appartient. »

Ce fut là le premier acte législatif italien qui consacra le principe libéral du respect des droits civils de l'homme en éliminant tout droit de rétorsion. Il s'y trouvait une seule res-

1. Code des Deux-Siciles, art. 9 ; code Charles Albert, art. 26 et 27 ; de Parme et de Plaisance, art. 32 ; de Modène, art. 33 et 686 ; du duché de Lucques, art. 53 du décret relatif aux successions du 22 novembre 1818 ; Etats de l'église, Règlement de Grégoire XVI du 1er janvier 1835, titre II, art. 8.

triction, résultant de l'article 2, qui édictait le droit du prélèvement en faveur des héritiers toscans en concurrence avec des héritiers étrangers et admettait la règle consacrée par l'article 2 de la loi française du 14 juillet 1819.

Lors de la rédaction du Code civil italien, les principes les plus libéraux furent admis et on accorda la jouissance des droits civils à l'étranger au même titre qu'au citoyen sans condition de réciprocité. Cette importante innovation fut formulée dans l'article 3 du Code civil italien, aux termes duquel « l'étranger est admis à jouir des droits civils attribués aux « citoyens ».

On a dit fort justement que la consécration de ce principe fait la grandeur et la gloire du Code italien.

Il convient de rapprocher cette disposition de l'article 3 de celles formulées dans le titre préliminaire du même Code, pour faire nettement ressortir l'importance capitale de l'innovation législative accomplie en Italie.

Notre législateur, considérant que tout droit civil a son fondement dans la loi, consacra dans le titre préliminaire du Code civil la règle obligatoire pour les juges italiens fixant la loi d'après laquelle on doit déterminer les droits civils de chaque personne, c'est-à-dire les droits qui lui appartiennent en raison de son état et de sa condition civile, ou en raison de ses rapports de famille, soit en vertu du contrat, ou de la succession ou bien de la chose jugée. Il a en outre fixé la loi régulatrice des immeubles considérés en eux-mêmes indépendamment des personnes auxquelles ils appartiennent, et finalement a formulé dans l'article 12 la règle limitative aussi juste que rationnelle, qu'en aucun cas les droits basés sur des lois étrangères et sur des sentences prononcées par les tribunaux étrangers ne peuvent être efficaces, si la reconnaissance ou l'exercice de ces droits implique la dérogation aux lois prohibitives qui concernent les personnes, les biens ou les actes ou la dérogation aux lois concernant l'ordre public.

Ayant ainsi délimité les droits civils des personnes, natio-

naux ou étrangers, le législateur italien formula ensuite dans l'article 3 du Code civil la règle, que l'étranger est admis à jouir des droits civils attribués aux citoyens, et il établit ainsi l'égalité de condition juridique du citoyen et de l'étranger. Il admit en effet en principe que l'étranger doit être protégé dans la jouissance de ses droits civils au même titre que le citoyen, et cela sans aucune condition restrictive de réciprocité diplomatique, sauf celle formulée dans l'article 12 du titre préliminaire du Code civil.

Pour quiconque considère le système vraiment libéral consacré par le législateur italien, il apparaît clairement que ce système constitue la réalisation de l'amélioration la plus importante de la condition de l'étranger au point de vue de la jouissance des droits civils et de son assimilation presque complète à cet égard au national.

Il faut dire en outre que le législateur italien a largement assuré la protection efficace des droits civils de l'étranger par l'exercice de l'action judiciaire. Il a en effet admis en principe que le droit de recourir aux tribunaux de droit commun est reconnu aux étrangers au même titre qu'aux citoyens. Par conséquent, lorsque l'étranger est capable d'ester en justice d'après sa loi personnelle, il peut faire citer son adversaire, soit italien, soit étranger, devant les tribunaux italiens, qui peuvent connaître de la demande s'ils sont compétents aux termes du Code de procédure civile et si l'action judiciaire n'est pas limitée par des exceptions d'ordre public. L'étranger peut également requérir toutes les mesures consenties par la loi italienne pour sauvegarder l'exercice de ses droits ou pour en assurer la conservation.

Au contraire, dans le Code civil français, on admet une compétence privilégiée en faveur du Français. En effet, aux termes de l'article 14, l'étranger est dépouillé du droit civil d'être traduit devant son juge naturel, lequel, d'après les principes du Droit commun, doit avoir la *potestas judicandi causam*, et cet étranger peut être traduit à la requête d'un Français devant les tribunaux français à raison de toute con-

testation quelconque dans laquelle ce Français est intéressé à quelque titre que ce soit. Mais ce n'est pas tout. En effet, l'article 16 du même Code formule une autre règle anormale, d'après laquelle l'étranger qui veut se porter demandeur en justice doit fournir une caution pour assurer le paiement des frais du procès et des dommages et intérêts qui peuvent en résulter.

Cette obligation onéreuse de fournir la caution *judicatum solvi* est également consacrée par les articles 101 et suivants du Code de Procédure civile allemand de 1877. En Autriche, le Code de Procédure civile dispose d'une façon presque identique (art. 406-408) [1].

En Grèce, aux termes des articles 78 et 79 du Code de Procédure, l'étranger peut être tenu de fournir caution à la requête du national cité en justice. En Hollande, la même caution est prescrite aux termes des articles 152 et 153 du Code de Procédure civile, sauf lorsque l'étranger justifie qu'il possède sur le territoire hollandais des immeubles suffisants pour répondre des frais et dommages et intérêts. Nous renonçons du reste à passer en revue sur ce point les codes des autres Etats.

En Italie, au contraire, l'étranger non seulement est exempté de l'obligation de la caution, mais même peut obtenir l'avance des frais de procédure, s'il est indigent et se trouve dans les conditions prévues par la loi du 6 décembre 1865 modifiée par celle du 19 avril 1880, lois qui ont trait à l'assistance judiciaire. En effet, l'article 8 de la loi du 6 décembre 1865 dispose que tous les individus qui se trouvent dans les conditions prévues par l'article 9, sans en exclure les étrangers, sont admis à l'assistance judiciaire.

Tout bien considéré, nous pouvons affirmer hautement, avec un légitime orgueil national, que le système consacré

1. Il est vrai néanmoins que la loi du 23 juillet 1878 a déclaré exempt de la caution le demandeur qui a obtenu l'assistance judiciaire.

par le législateur italien à l'égard de la condition de l'étranger constitue à la fois une innovation vraiment grandiose et la plus libérale entre toutes, et le modèle de justice civile le plus digne de l'admiration de nos contemporains.

ADDENDA

A ajouter à la page 32 :

N.-B. — Sur la condition de l'étranger d'après le nouveau code de l'Empire d'Allemagne, d'après celui de l'Espagne et d'après les lois d'autres pays.
Voir l'Appendice I.

A ajouter à la page 92 :

N.-B. — Pour compléter la théorie exposée dans ce chapitre, se reporter au IIIe volume, ch. 3e du livre V, §§ 1344-1359, où il est traité de la limitation de la loi étrangère régulatrice de la capacité.

A ajouter à la page 126 :

N.-B. — Pour mieux déterminer les idées du statut réel, se reporter au IIIe volume, §§ 1329, 1330 et 1345-1347, au IVe volume, § 1409, et à l'Appendice II.

A ajouter à la page 151 :

N.-B. — Pour compléter ce que nous avons dit dans ce chapitre, se reporter au IIIe volume, §§ 1276-1287, et pour ce qui concerne le Droit comparé, voir IIIe volume, ch. Ier du livre 5e, §§ 1279-1302.

A ajouter à la page 181 :

N.-B. — Pour les obligations qui naissent en l'absence de convention, voir *infrà*, IIIe volume, ce qui est dit en ce qui concerne le quasi-contrat et les obligations résultant des délits ou des quasi-délits, § 1253 et suiv.

A ajouter à la page 265 :

N.-B. — Pour mieux déterminer la théorie concernant la règle *locus regit actum*, voir *infrà*, vol. IV, ce que nous avons dit au sujet de la forme du testament, §§ 1538-1540 et §§ 1549-1554.

A ajouter à la page 280 :

N.-B. — Pour compléter notre théorie sur les lois d'ordre public, se reporter à ce que nous avons écrit à ce sujet dans le IIIe volume, §§ 1323-1330, où nous avons examiné la distinction faite par les juristes entre les lois d'ordre public interne et celles d'ordre international.




Stanford Law Library
3 6105 062 385 237

